

O REGULAMENTO EUROPEU SOBRE O REGIME UNIFORME DA COMPRA E VENDA

J. PEGADO LIZ

Advogado. Conselheiro do Cese (Bruxelas)

EXCERTOS

“É efetivamente no Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor que, de forma clara, se confirmam as principais razões que alegadamente justificariam uma intervenção comunitária neste domínio – a recente evolução tecnológica nos mercados, a exagerada fragmentação das regras de proteção dos consumidores e a falta de confiança dos consumidores no comércio eletrônico”

“O Cese considerava que um regime opcional de direito europeu dos contratos deveria poder coexistir sempre com as normas contratuais nacionais”

“O direito europeu comum da compra e venda será um «segundo regime» de direito dos contratos, idêntico em todos os Estados-membros, e será comum a toda a União Europeia”

“O âmbito de aplicação do direito europeu comum da compra e venda centra-se nas situações transfronteiras que podem dar origem a custos de transação adicionais e agravar a complexidade jurídica”

“O âmbito de aplicação do direito europeu comum da compra e venda centra-se nos aspectos que suscitem problemas concretos nas transações transfronteiras”

“Um direito europeu comum da compra e venda, de carácter facultativo, seria mais eficaz do que a adoção de normas não vinculativas”

I. Introdução e antecedentes

A) A Proposta de Regulamento relativo a um direito europeu comum da compra e venda (COM (2011) 635 final)

O consulado da Sra. Viviane Reding enquanto comissária para a área da justiça e dos direitos fundamentais ficou marcado por algumas iniciativas emblemáticas sobre temas de grande importância em domínios-chave para a promoção e o reforço da cidadania europeia. Infelizmente em alguns dos mais relevantes, sem aparente sucesso. Refiro-me designadamente à diretiva relativa aos direitos dos consumidores, que depois de um atribulado processo de elaboração e de adoção, continua a braços com tremendas dificuldades de transposição nos Estados-membros¹; às Propostas de Regulamento e de Diretiva sobre a proteção de dados, neste momento em apreciação no Parlamento Europeu, onde já foram depositadas mais de 3.000 emendas(!); e à Proposta de Regulamento relativo a um direito europeu comum da compra e venda, objeto do presente artigo e, ele também, sujeito a enorme controvérsia.

Com efeito, a discussão sobre o tema começou muito antes da publicação da Proposta de Regulamento, como, aliás, dá bem conta a comunicação que, na mesma data, a Comissão também apresentou².

B) O movimento académico em prol de um Código Civil Europeu

É, de fato, nos começos do século XX que vários projetos académicos tiveram como objetivo a harmonização do direito civil europeu, em particular do direito dos contratos. Em 1929 é publicado um projeto de código francoitaliano das obrigações e dos contratos; em 1953 a Associação Henri Capitant elaborou um projeto de código comum das obrigações na Europa. Mais recentemente, em 1980, foi criada a Comissão sobre o Direito Europeu dos Contratos, dirigida pelo professor Ole Lando, que, em 1995, publica a primeira parte dos seus Princípios do Direito Europeu do Contrato (PDEC), contendo os princípios relativos à execução e ao incumprimento, logo seguida, em 1998, por uma segunda parte relativa à formação, validade, interpretação, conteúdo e mandato e, em 2001, por uma terceira parte, sobre o regime geral das obrigações.

Por seu turno, a Academia de Pavia ou, como também é conhecida, a Academia dos Privatistas Europeus, cujos trabalhos foram dirigidos pelo

professor Gandolfi, publica, em 2001, o livro I do Código Europeu dos Contratos, relativo aos contratos em geral e, em 2006, a primeira parte do livro II, relativo aos contratos em especial, dedicado ao contrato de compra e venda.

De outro lado, os princípios Unidroit, elaborados pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado em 1994, foram revistos em 2004 para os adaptar às especificidades do comércio eletrónico³.

No seio das instituições comunitárias, foi no Parlamento Europeu que, pela primeira vez, em resolução de 1989, se fez apelo à harmonização de certos aspectos do direito privado⁴, orientação que viria a reafirmar posteriormente em sucessivas resoluções, de que se destacam as de 9 de julho de 2003, de 23 de março e de 8 de setembro de 2006, onde expressamente o Parlamento chegou a declarar que a harmonização de determinados domínios do direito privado é essencial para a realização do mercado interno e que a unificação dos ramos mais importantes do direito privado, sob a forma de um Código Civil Europeu, constituiria a forma mais eficaz de levar a cabo essa harmonização.

Do lado da Comissão Europeia, é em 2001 que, numa comunicação relativa ao “direito europeu dos contratos”, é lançada uma larga consulta pública sobre a possibilidade de elaborar um direito comum dos contratos como forma de contribuir para um melhor funcionamento do mercado interno⁵.

Nesta comunicação a Comissão propôs-se uma ambiciosa reformulação de todo o direito dos contratos que poderia concluir pela adoção de um “diploma de âmbito geral que incluísse disposições genéricas de direito dos contratos, bem como a tipos específicos de contratos”, ou seja, uma harmonização do direito das obrigações em geral e dos contratos em especial a nível comunitário.

Nesse sentido foram criados vários grupos de trabalho com participação diversificada de académicos e de representantes dos interesses económicos e sociais europeus, que, ao longo dos anos, têm produzido trabalho notável de reflexão jurídica.

Cedo, no entanto, foram muitas as críticas e as objeções que se levantaram quer quanto ao âmbito, à natureza e aos próprios objetivos deste trabalho, quer quanto à sua base jurídica e à ausência de legitimação democrática.

Por outro lado, a enormidade do projeto e as diferentes concepções de vários dos participantes, aliadas à falta de uma orientação bem definida, conduziram a sucessivos impasses no desenrolar dos trabalhos.

No seguimento do debate que esta comunicação ocasionou, em especial nos meios académicos, onde foi genericamente acolhida com sérias reservas⁶, a Comissão publicou, em 2003, uma segunda comunicação, intitulada “Um direito europeu dos contratos mais coerente. Um plano de ação”⁷, onde definiu três opções de trabalho futuro: a construção de um “quadro comum de referência” (commom frame of reference – CFR); a elaboração de cláusulas e condições contratuais tipo; ou a adoção de um instrumento opcional no domínio do direito dos contratos⁸.

Finalmente, recolhidos e analisados os vários contributos recebidos, numa terceira comunicação intitulada “Direito Europeu dos Contratos e Revisão do Acervo. O caminho a seguir”⁹, a Comissão decidiu que não optaria por um código civil europeu que harmonizasse o direito dos contratos dos países membros, mas antes que o caminho a seguir seria o da elaboração de um “quadro comum de referencia” (CFR), eventualmente a complementar por um instrumento opcional, cujos contornos não ficaram claramente definidos.

A Comissão
concluiu pela
necessidade de
uma intervenção
no nível da União
Europeia

É a partir desta orientação, que não foi sufragada por nenhuma resolução do PE¹⁰, que a Comissão deu início a toda uma série de consultas e de encomendas de estudos, ao abrigo, designadamente do “Sexto Programa-Quadro para a investigação e o desenvolvimento tecnológico”, de que se destacam a “Rede comum para o direito europeu dos contratos”, a quem foi confiada a tarefa de elaborar um projeto de quadro comum de referência (Draft Common Frame of Reference – DCFR), em sede de direito dos contratos.

Desta rede fizeram principalmente parte os membros do grupo de estudo sobre o código civil europeu, o grupo de investigadores sobre o direito privado comunitário em vigor, dito Grupo do Acervo Comunitário (“Acquis Group”), a Associação Henri Capitant em conjunto com a Société de Législation Comparée e o Conseil Supérieur du Notariat, o Common Core Group, o Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules, conhecido como o Economic Impact Group (TILEC – Tilburg Law and Economics Center), o Database Group, a Academy of European Law (ERA) e um grupo de especialistas em direito dos seguros, o chamado “Restatement of European Insurance Contract Law Group”¹¹.

O objeto das consultas era vasto, englobando as regras gerais do contrato, o direito das obrigações, a gestão de negócios, a responsabilidade extracontratual, o enriquecimento sem causa, os contratos em especial e, desde logo, o contrato de seguro, e, em futuro mais afastado, o direito de propriedade, as garantias e o “trust”.

O avanço dos trabalhos foi acompanhado por sucessivos relatórios apresentados à Comissão e discutidos publicamente¹², o primeiro de 2005 e o segundo de 2007¹³ onde, pela primeira vez, se refere a necessidade de ser dada prioridade ao “direito do consumo” como forma de contribuir para a revisão do acervo em matéria de proteção dos consumidores, tema que havia sido objeto do Livro Verde publicado a 7 de fevereiro desse ano de 2007¹⁴.

C) A proposta paralela de diretiva sobre os “Direitos dos Consumidores”

Foi aqui que a questão da harmonização do direito europeu dos contratos e a iniciativa da revisão do acervo comunitário em matéria de proteção dos consumidores¹⁵ pela primeira vez confluíram, embora nada inicialmente implicasse que assim acontecesse, nem teoricamente obrigasse ou sequer aconselhasse a que assim sucedesse.

Com efeito, datava, de há muito, em vários círculos do pensamento jurídico na Europa, a ideia das vantagens da codificação dos diplomas avulsos sobre direito do consumo nos vários Estados-membros, e em alguns deles, embora por formas diversas e com diferentes resultados, essa ideia fora mesmo levada a cabo¹⁶.

Não admira, pois, que, desde bastante cedo, uma ideia semelhante tivesse ocorrido para o direito do consumo a nível comunitário, nomeadamente a partir do momento em que a União Europeia se viu atribuir competência própria neste domínio¹⁷ e à medida que se ia constatando que diversas diretivas definiam e regulavam as mesmas matérias de forma diferente, quando não claramente contraditória¹⁸.

É assim que já no Livro Verde sobre a Proteção dos consumidores de 2001¹⁹ se dá conta da dispersão legislativa neste domínio e dos seus inconvenientes para a realização do mercado único e se aponta como solução possível a publicação de uma “diretiva-quadro” para regular as práticas comerciais desleais, complementada por diretivas específicas para domínios especiais, se necessário.

No follow-up deste Livro Verde, a Comissão, em nova Comunicação de 2002²⁰, dava conta de que a maioria dos “stakeholders” era favorável à sua

proposta, acrescentando, no entanto, um elemento de primordial importância, que não tinha ficado claramente expresso na primeira comunicação – o da natureza “total” da harmonização proposta²¹.

Identicamente, no seu documento de “Estratégia da Política dos Consumidores para 2002-2006”²², a Comissão insistia na ideia do estabelecimento de regras e práticas comuns de defesa dos consumidores em toda a Europa, criando um ambiente mais coerente na UE, o que, constituindo mesmo o objetivo primeiro da sua estratégia nesse período, se traduziria pelo estabelecimento de um conjunto comum de regras relativas às práticas comerciais e aos direitos contratuais dos consumidores, passando da harmonização mínima a medidas de “plena harmonização”.

É já claramente na sequência e em aplicação destes princípios que são adotadas três das mais respeitáveis diretivas em matéria de direito europeu do consumo, a Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005, sobre as práticas comerciais desleais²³, a Diretiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores²⁴ e a Diretiva 2008/122/CE, de 14 de janeiro de 2009, relativa ao “time-share”²⁵.

No entanto, ainda assim, e nomeadamente após três conferências, uma realizada em Viena, durante a Presidência Austríaca, outra promovida pela Faculdade de Direito da Universidade de Helsínquia e a última que teve lugar em Paris, organizada pela Cour de Cassation, onde vários intervenientes e setores da sociedade civil expressaram as suas preocupações com o desenvolvimento dos trabalhos e fizeram notar à Comissão a incoerência do projeto no seu conjunto, esta sentiu a necessidade de publicar um Livro Verde onde restringiu ainda mais o âmbito e a natureza do seu esforço, reduzindo-o à revisão de oito diretivas comunitárias.

É efetivamente no Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor²⁶ que, de forma clara, se confirmam as principais razões que alegadamente justificariam uma intervenção comunitária neste domínio – a recente evolução tecnológica nos mercados, a exagerada fragmentação das regras de proteção dos consumidores e a falta de confiança dos consumidores no comércio eletrónico.

Por outro lado é aí que se enunciam as linhas diretrizes para a ação a prosseguir – um instrumento jurídico horizontal (diretiva) comum a oito (das 18 antes identificadas) diretivas²⁷, a harmonização total como método e um conteúdo limitado a certas questões horizontais – definições de base, direitos de informação, papel dos intermediários, noções de boa-fé e de lealdade,

direito de retratação, bem como uma reformulação das diretivas “cláusulas abusivas” e “venda de bens de consumo”²⁸.

Esta opção foi claramente assumida pela Comissão no seu documento de estratégia 2007/2013, constituindo mesmo a única iniciativa prevista no domínio da “melhor regulação da proteção dos consumidores”²⁹.

É conhecida a evolução que este tema veio a ter e que terminou, depois de um percurso atribulado, com a publicação da já referida Diretiva 2011/83/UE, de 25 de outubro de 2011, sobre os “direitos dos consumidores”³⁰.

D) O Livro Verde sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas (COM (2010) 348 final)

Entretanto a Comissão não desistira da sua ideia inicial de avançar com um projeto de direito europeu dos contratos em geral. E, assim, em 1º de julho de 2010, a Comissão apresentou o seu Livro Verde sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas (COM (2010) 348 final), onde começa por constatar que as diferenças nas legislações nacionais que regem os contratos no âmbito do mercado interno são de molde a ser fonte de incerteza jurídica para as empresas, a minar a confiança dos consumidores no mercado interno, a criar entraves ao comércio e fazer crescer custos de transação adicionais.

Conforme referira já em anterior documento de estratégia³¹, um dos meios para eliminar os estrangulamentos do mercado único seria “tornar mais fácil e menos onerosa para as empresas e os consumidores a celebração de contratos com parceiros de outros países da UE, nomeadamente através da oferta de soluções harmonizadas para contratos celebrados com os consumidores, introduzindo cláusulas contratuais tipo”.

Agora neste Livro Verde a Comissão propôs várias abordagens para aumentar a coerência do direito dos contratos.

Entre as opções estratégicas figuravam:

a) a publicação na internet de normas contratuais tipo (não vinculativas) que poderão ser aplicadas no mercado interno europeu;

b) uma “caixa de ferramentas” (vinculativa ou não) à qual podem recorrer os legisladores da UE na adoção de novos atos legislativos e que garanta a coerência e a qualidade da legislação;

c) uma recomendação sobre o direito dos contratos que incentive os Estados-membros a incorporá-lo na legislação nacional, com base, em parte,

no método aplicado nos EUA, país em que 49 dos 50 estados federados adotaram voluntariamente um Código Comercial Uniforme;

d) um direito europeu dos contratos opcional, concebido como um “28º regime” que os consumidores e as empresas poderão escolher livremente no âmbito das relações contratuais. Este regime seria uma alternativa às normas nacionais existentes e estaria acessível em todas as línguas. Seria aplicável apenas aos contratos transfronteiriços ou tanto a estes como aos contratos nacionais e deveria garantir um nível elevado de defesa dos consumidores e garantir a certeza jurídica durante toda a vigência do contrato;

e) a adoção de uma diretiva da UE sobre o direito europeu dos contratos que harmonizaria as normas nacionais neste domínio;

f) a criação de um verdadeiro Código Civil Europeu para substituir todas as normas nacionais sobre contratos.

Em 7 de setembro de 2010, a Comissão organizou uma primeira reunião sobre direito europeu dos contratos, em que participaram grupos de empresas, de consumidores e de profissionais forenses.

Entretanto, constituiu um grupo de peritos, em que o Parlamento Europeu também participava na qualidade de observador, a fim de converter e adaptar o “Projeto de Quadro Comum de Referência”³², levado a cabo no âmbito do Sexto Programa-Quadro de Investigação e Desenvolvimento da UE, às novas opções constantes do Livro Verde, ao mesmo tempo que lançava uma alargada consulta pública sobre o documento estratégico que seria encerrada no fim de janeiro de 2011.

A grande novidade deste Livro Verde foi a aceitação pela Comissão, pela primeira vez, da utilidade e praticabilidade de um regime opcional ou “28º regime” como forma de realizar a harmonização do direito europeu dos contratos, quer entre empresas, quer com os consumidores.

Recordar-se-há, a este propósito, que o conceito do “28º Regime” havia sido inicialmente formulado e desenvolvido no Comité Económico e Social Europeu (Cese) fundamentalmente em dois *pareceres de iniciativa*, um sobre a Lei do Contrato de Seguro³³ e outro especificamente sobre o 28º Regime³⁴.

Não se estranhará, por isso, que o parecer do Cese sobre este Livro Verde³⁵ tenha sido no sentido de partilhar o ponto de vista da Comissão segundo o qual o mercado interno europeu deve ser realizado também na ótica do direito europeu dos contratos e de reconhecer a importância dos estudos dos investigadores académicos sobre o Quadro Comum de Referência (QCR)³⁶, de que se deveria tirar partido a nível prático e de apoiar uma solução que

privilegiasse uma opção mista que tivesse em conta as reduções dos custos e a certeza jurídica das soluções adotadas sob a forma de:

- uma “caixa de ferramentas” que serviria de Quadro Comum de Referência disponível para as partes com vista à elaboração de contratos transfronteiriços, acompanhada de

- um regulamento prevendo bases mais favoráveis para as partes mediante um regime opcional avançado ao qual recorrer, no âmbito das relações contratuais transfronteiriças, em alternativa às disposições nacionais³⁷,

- desde que quer a “caixa de ferramentas”, quer o regulamento estejam disponíveis em todas as línguas da UE e garantam certeza jurídica aos cidadãos e às empresas com base nos mecanismos de proteção mais avançados³⁸.

Este regime regulamentar não deveria obstar, contudo, a que os Estados-membros mantivessem ou introduzissem medidas mais estritas de defesa do consumidor.

No entanto, o Cese estabelecia algumas reservas importantes quanto ao futuro regime, que se iriam revelar proféticas.

Assim, o Cese considerava que a introdução de condições contratuais normalizadas poderia ser útil para todas as partes contratantes apenas desde que

- se previssem as máximas garantias para salvaguardar as partes mais fracas e se tomasse como ponto de partida na definição das cláusulas normalizadas o nível mais elevado possível de proteção;

- se assegurasse a participação ativa dos parceiros sociais e de todos os representantes da sociedade civil – em particular da organização dos consumidores e das PME – nas negociações para a criação de condições contratuais normalizadas;

- se garantisse que as condições contratuais fossem conformes à diretiva relativa às cláusulas abusivas e à diretiva que estabelece medidas de luta contra os atrasos de pagamento nas transações comerciais e se aplicasse plenamente o Small Business Act;

- não se limitasse o acesso à justiça;

- se monitorizassem e revissem periodicamente as cláusulas contratuais típicas.

Contudo, o Cese adiantava ainda que, dada a novidade do sistema, conviria avançar gradualmente, começando pelo lançamento de um projeto-piloto de aplicação no âmbito comercial, circunscrito aos contratos transfronteiras de compra e venda de mercadorias B2B, operações-piloto indispensáveis para verificar a coexistência dos regimes e a sua aplicação concreta pelas partes

interessadas, e permitindo a realização efetiva de avaliações de impacto. Do seu âmbito seriam sempre excluídos os contratos de trabalho e a segurança social.

Reconhecia também o Cese a particular importância da uniformização de várias noções de direito substantivo, como as relativas a: pessoas coletivas, “consumidor” e “profissional”, cláusulas contratuais abusivas, obrigação de informação prévia relativa a bens e serviços, obrigação de fornecer informações aquando da celebração de um contrato com uma parte em situação desvantajosa, vias de recurso em caso de incumprimento das obrigações de informação, entrega, prazo da entrega, ligação com a transferência de riscos, prazos e modalidades para a avaliação de conformidade e hierarquia dos mecanismos de recurso em caso de não conformidade, situações de possível rescisão do contrato, notificação ao vendedor dos defeitos que foram ou deveriam ter sido detectados pelo comprador, direito de retratação: âmbito de aplicação; exercício do direito de retratação; períodos de reflexão e limites do prazo para o exercício do direito de retratação, responsabilidade objetiva, lucros cessantes e de prejuízos reais, responsabilidade dos produtores e ónus de prova.

A escolha do direito europeu comum da compra e venda é voluntária

O Cese sugeria ainda, em paralelo, o reforço da coerência do acervo comunitário no âmbito do direito dos contratos, a elaboração de cláusulas contratuais normalizadas aplicáveis em toda a União, e o exame da eventual necessidade de soluções específicas de âmbito setorial.

O Cese considerava que um regime opcional de direito europeu dos contratos deveria poder coexistir sempre com as normas contratuais nacionais, garantindo prazos e condições normalizadas, e com “opções” de recurso também ao “28º regime”.

Por outro lado, no entender do Cese, a inclusão no corpo da legislação europeia e das legislações nacionais de um novo regime opcional avançado, através de um regulamento da UE, deveria garantir a integridade, a simplicidade de aplicação e a certeza jurídica às partes contratantes que a ele recorram para transações transfronteiriças. Para o Cese era imprescindível salvaguardar uma maior coerência entre as regras horizontais e verticais, dando especial atenção à necessidade de transparência, clareza e simplicidade, não só para os profissionais forenses mas também e sobretudo para as pequenas empresas e os consumidores, as principais vítimas da complexidade e da opacidade das leis.

Para isso exortava a Comissão a lançar desde logo iniciativas de formação e de informação sobre os novos instrumentos jurídicos propostos, tanto em termos de doutrina como da sua prática jurídica, dirigidas a todos os profissionais forenses, ao mundo académico e aos seus utilizadores finais.

Finalmente o Cese recomendava à Comissão que procedesse de imediato a uma avaliação de impacto dos meios disponíveis no mercado único e a uma análise do valor acrescentado europeu relativamente aos custos e às vantagens deste novo sistema legislativo para operadores económicos e consumidores e, de qualquer maneira, antes de tornar este regime extensível a outros tipos de contratos de compra e venda designadamente com consumidores (B2C), procedesse a uma avaliação do seu impacto no mercado interno e examinasse o valor acrescentado obtido em termos de custos e de vantagens para os operadores económicos.

II. A proposta da comissão relativa a um direito comum europeu da compra e venda

A) A comunicação da Comissão: um direito europeu comum da compra e venda para facilitar as transações transfronteiras no mercado único (COM (2011) 636 final)

A Comissão pareceu não entender a valia destas recomendações e resolveu avançar para uma proposta de regulamento para o contrato de compra e venda em geral (B2B E B2C) (COM (2011) 635 final, de 11 de outubro de 2011).

Fez acompanhar esta proposta de uma comunicação explicativa da mesma data, na qual ressalta fundamentalmente as perspectivas e as vantagens da iniciativa para a realização do mercado único e a expansão do comércio transfronteiriço (COM (2011) 636 final, de 11 de outubro de 2011).

Aí se recorda que, apesar de “êxitos consideráveis” na realização do mercado interno, “subsistem ainda muitos obstáculos entre os Estados-membros da UE que impedem os cidadãos e as empresas de tirar pleno partido do mercado único e, mais concretamente, do comércio transfronteiras”. E se conclui que “muitos desses obstáculos decorrem das diferenças existentes entre os sistemas jurídicos nacionais. Um dos principais obstáculos ao comércio transfronteiras reside nas diferenças entre os regimes de direito dos contratos dos 27 Estados-membros da EU”.

Depois de enumerar as principais dificuldades para os profissionais e para os consumidores decorrentes da existência de diferentes direitos dos contratos nos Estados-membros, a Comissão adianta ainda que, “pela sua natureza, as normas em matéria de conflitos de leis não podem eliminar as diferenças existentes entre regras de direito material dos contratos”, nem algumas medidas já adotadas para reduzir as diferenças entre as normas de direito são de molde a “abranger todo o ciclo de vida dos contratos e, portanto, não eliminam a necessidade de os profissionais terem em conta os regimes de direito dos contratos do seu país de destino”.

Assim, e em síntese, a Comissão concluiu pela necessidade de uma intervenção no nível da União Europeia que integraria a referida «caixa de ferramentas» desenvolvida pelo grupo de peritos no domínio do direito europeu dos contratos e pelo fórum de auscultação dos interessados antes mencionados, e seria apresentada sob a forma de um «segundo regime» de direito dos contratos “visando especificamente os contratos mais pertinentes para o comércio transfronteiras, em relação aos quais é mais premente encontrar uma solução para os obstáculos identificados”.

As suas principais características são as seguintes:

a) *Um regime de direito dos contratos comum a todos os Estados-membros*: o direito europeu comum da compra e venda será um «segundo regime» de direito dos contratos, idêntico em todos os Estados-membros, e será comum a toda a União Europeia.

b) *Um regime de carácter facultativo*: a escolha do direito europeu comum da compra e venda é voluntária. Em conformidade com o princípio da liberdade contratual, um profissional pode escolher propor a celebração de um contrato ao abrigo deste regime (o chamado sistema de adesão voluntária ou «opt-in») ou recorrer ao direito dos contratos nacional. Nem as empresas nem os consumidores serão alguma vez obrigados a celebrar um contrato com base no direito europeu comum da compra e venda.

c) *Um regime centrado nos «contratos de compra e venda»*: o direito europeu comum da compra e venda criará um conjunto completo e independente de normas aplicáveis às transações de compra e venda.

d) *Um regime limitado aos contratos transfronteiras*: o âmbito de aplicação do direito europeu comum da compra e venda centra-se nas situações transfronteiras que podem dar origem a custos de transação adicionais e agravar a complexidade jurídica. O direito europeu comum da compra e venda destina-se, assim, aos casos em que a sua necessidade se faz sentir, não podendo ser utilizado como um substituto geral para o direito dos contratos

nacional em vigor. É deixado ao critério dos Estados-membros permitir uma aplicação mais vasta deste regime, optando por tornar o direito europeu comum da compra e venda disponível para ser aplicado a nível nacional, o que poderia reduzir ainda mais os custos de transação das empresas que operam no mercado único.

e) Um regime centrado nos contratos «B2C» e nos contratos «B2B» em que pelo menos uma das partes seja uma PME: o âmbito de aplicação do direito europeu comum da compra e venda centra-se nos aspectos que suscitem problemas concretos nas transações transfronteiras, ou seja, as relações entre empresas e consumidores e as relações entre empresas em que pelo menos uma das partes é uma PME.

f) Um conjunto de normas idênticas em matéria de defesa do consumidor: o regulamento estabelecerá para todos os domínios do direito dos contratos um nível idêntico de defesa do consumidor. Enquanto imperativo político e jurídico, esta harmonização deve ser efetuada com base num elevado nível de proteção do consumidor, criando um regime harmonizado que assegure a proteção e a segurança sempre que o consumidor aplicar o direito europeu comum da compra e venda.

g) Um conjunto global de normas de direito dos contratos: o direito europeu comum da compra e venda prevê normas que abrangem as questões de direito dos contratos com relevância prática durante o ciclo de vida de um contrato transfronteiras. Essas questões dizem respeito aos seguintes aspectos: direitos e obrigações das partes e meios de defesa em caso de incumprimento, deveres de informação pré-contratual, celebração do contrato, incluindo os requisitos formais, direito de retratação e suas consequências, anulação por motivo de erro, fraude ou exploração abusiva, interpretação, conteúdo e efeitos do contrato, avaliação e consequências das cláusulas abusivas, restituição após a anulação ou resolução e prescrição.

h) Um regime com uma dimensão internacional: a proposta tem também uma vocação internacional, na medida em que, para ser aplicável, basta que apenas uma das partes esteja estabelecida num Estado-membro da UE. Os profissionais poderão aplicar o mesmo conjunto de cláusulas contratuais quando fizerem negócios com outros profissionais estabelecidos dentro ou fora da UE. Se as empresas de países terceiros estiverem dispostas a vender os seus produtos no mercado interno com base no direito europeu comum da compra e venda, os consumidores europeus beneficiarão de uma maior variedade de produtos, com a garantia de um elevado nível de proteção conferido pelas novas normas comuns. Esta vocação internacional permitirá

ao direito europeu comum da compra e venda estabelecer as normas a seguir no âmbito das transações internacionais no domínio dos contratos de compra e venda.

Com esta iniciativa, cujas vantagens recíprocas para os profissionais e os consumidores a comunicação não deixa de enumerar, entendia a Comissão resolver os problemas criados aos consumidores e aos profissionais pelas diferenças existentes em termos de direito dos contratos, da forma mais respeitadora dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade, quando comparada com as outras soluções possíveis.

Com efeito, para a Comissão, um direito europeu comum da compra e venda, de carácter facultativo, seria mais eficaz do que a adoção de normas não vinculativas, como uma simples «caixa de ferramentas» (a qual, enquanto instrumento não vinculativo, não poderia proporcionar aos profissionais ou aos consumidores segurança jurídica para as suas transações), na medida em que criaria um conjunto único e uniforme de normas de direito dos contratos diretamente disponíveis para as empresas e os consumidores. Além disso, o fato de, embora sendo facultativo, constituir um conjunto de normas idênticas, aplicável unicamente nos casos transfronteiras, significa que pode ajudar a reduzir os obstáculos ao comércio transfronteiras, não interferindo com os sistemas e tradições jurídicas nacionais bem enraizados. Concretamente, permitiria aos Estados-membros manterem os seus diferentes níveis de proteção dos consumidores já previstos no direito nacional dos contratos, em conformidade com o acervo da UE.

O direito europeu comum da compra e venda tem um carácter facultativo, acrescentando às disposições dos direitos contratuais nacionais preexistentes e não as substituindo. Consequentemente, a presente medida legislativa só vai até onde é estritamente necessário para criar novas oportunidades para as empresas e os consumidores no mercado único. Além disso, existem mais possibilidades de se chegar a acordo quanto a um conjunto de normas idênticas, assentes num nível elevado de proteção, como o previsto no direito europeu comum da compra e venda, precisamente devido à natureza voluntária do regime. Uma empresa pode optar por aplicar este regime porque pretende se beneficiar do elevado nível de proteção por ele previsto, mas não é, de forma alguma, obrigada a fazê-lo.

Reconhecia
também o Cese
a particular
importância da
uniformização de
várias noções
de direito
substantivo

Por fim, a Comissão previa medidas de acompanhamento a fim de assegurar a aplicação efetiva e a interpretação uniforme do direito europeu comum da compra e venda, de que se destacava a elaboração de um «modelo europeu de cláusulas contratuais» para domínios especializados de comércio ou setores de atividade no prazo de três meses a contar da data de entrada em vigor do direito europeu comum, criando para o efeito um grupo de peritos representativo dos interesses dos utilizadores do direito europeu comum da compra e venda.

Prevvia-se ainda a criação de uma base de dados, acessível ao público, contendo as sentenças judiciais nacionais e europeias pertinentes para a interpretação das disposições do direito europeu comum da compra e venda, sendo os Estados-membros convidados a notificar sem demora essas sentenças à Comissão.

Finalmente e a fim de facilitar uma interpretação comum das disposições do direito europeu comum da compra e venda, a Comissão propunha-se organizar sessões de formação destinadas aos profissionais da justiça que apliquem o direito europeu comum da compra e venda.

B) O quadro geral da Proposta de Regulamento relativo a um direito europeu comum da compra e venda (COM (2011) 635 final)

A proposta de regulamento que acompanhava a comunicação procurou traduzir em termos jurídicos o regime anunciado. Não o fez, no entanto, da melhor maneira, nem da forma mais convincente, embora, numa extensa exposição de motivos, tivesse procurado detalhadamente justificar o seu teor e os seus objetivos.

Para tal contribuiu muito o ter-se centrado fundamentalmente no objetivo geral de melhorar o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno, promovendo a expansão do comércio transfronteiriço para as empresas, enfatizando os benefícios para os profissionais que veriam reduzidos os custos de transação suplementares decorrentes do direito dos contratos e poderiam exercer a sua atividade num quadro jurídico menos complexo para o comércio transfronteiriço e com base num único conjunto de normas aplicáveis em toda a União, deste modo tirando mais partido do mercado interno, expandindo a sua atividade além-fronteiras e contribuindo para o aumento da concorrência.

Com isso a Comissão subvalorizou os aspectos da proteção dos consumidores bem como facilitou as compras transfronteiriças por parte

dos consumidores, embora evidenciasse que passariam a ter um maior acesso a ofertas de toda a União, a preços mais baixos, deparando-se com menos recusas de venda mas sem conseguir convencer que a proposta era coerente com o objetivo de alcançar um elevado nível de proteção do consumidor, nem que o nível de proteção dessas normas imperativas era igual ou superior ao previsto no acervo atualmente em vigor.

Para esta impressão geral contribuiu ainda decisivamente o fato de a Comissão ter escolhido como base jurídica apenas o artigo 114º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), omitindo qualquer referência ao seu artigo 169º.

A proposta prevê assim a criação de um direito europeu comum da compra e venda. Este direito comum harmoniza os direitos dos contratos nacionais dos Estados-membros, não implicando, no entanto, alterações ao direito dos contratos nacional preexistente, mas criando dentro do direito nacional de cada Estado-membro um segundo regime jurídico para os contratos abrangidos pelo seu âmbito de aplicação, idêntico em toda a União Europeia e que vigora paralelamente às normas preexistentes em matéria de direito dos contratos a nível nacional.

O regime instituído será aplicável numa base voluntária aos contratos transfronteiriços, mediante o acordo expreso das partes.

Esse acordo não representa uma escolha da lei aplicável na aceção das normas de direito internacional privado e não deve ser confundido com esta. A escolha far-se-á, sim, no âmbito do direito nacional aplicável em conformidade com as normas de direito internacional privado.

O instrumento escolhido para a presente iniciativa foi o regulamento. Para a Comissão, um instrumento não vinculativo, como uma «caixa de ferramentas» para o legislador da UE ou uma recomendação dirigida aos Estados-membros, não permitiria cumprir o objetivo de melhorar o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno. Uma diretiva que substituísse as legislações nacionais por um direito europeu dos contratos de natureza vinculativa seria uma medida exagerada, na medida em que obrigaria os profissionais nacionais que não quisessem operar além-fronteiras a suportar custos que não são contrabalançados pela redução de custos que só é possível nas transações transfronteiriças. Além disso, uma diretiva que estabelecesse normas mínimas de um direito europeu dos contratos de natureza vinculativa não seria adequada por não permitir alcançar o nível de segurança jurídica nem o grau necessário de uniformidade para reduzir os custos de transação.

C) Estrutura da proposta

A proposta é composta por três partes principais: o Regulamento, o Anexo I, que contém as normas de direito contratual (o direito europeu comum da compra e venda), e o Anexo II, que contém a ficha informativa.

I. Regulamento

O artigo 1º define a finalidade e o objeto do regulamento.

O artigo 2º contém uma lista de definições dos termos utilizados no regulamento. Algumas delas já existem no acervo relativo a esta matéria, outras são conceitos definidos pela primeira vez.

O artigo 3º explica o carácter facultativo das normas de direito dos contratos aplicáveis aos contratos transfronteiriços de compra e venda de bens, de fornecimento de conteúdos digitais ou prestação de serviços conexos.

O artigo 4º estabelece o âmbito territorial do regulamento, que se limita aos contratos transfronteiriços.

O artigo 5º estabelece o âmbito de aplicação material dos contratos de compra e venda de bens ou de fornecimento de conteúdos digitais e serviços conexos, como a instalação e a reparação.

O artigo 6º exclui os contratos mistos e as vendas a prestações do seu âmbito de aplicação.

O artigo 7º descreve o âmbito de aplicação pessoal, que se estende aos contratos entre empresas e consumidores e a determinados contratos entre empresas. O âmbito de aplicação é limitado aos contratos em que pelo menos uma das partes seja uma PME.

O artigo 8º explica que a escolha do direito europeu comum da compra e venda exige um acordo entre as partes para o efeito. Nos contratos entre empresas e consumidores, a escolha do direito europeu comum da compra e venda só é válida se o consentimento do consumidor for dado mediante declaração expressa, distinta da declaração de manifestação de vontade de celebrar o contrato.

O artigo 9º prevê várias exigências de informação quanto ao direito europeu comum da compra e venda aplicável aos contratos entre profissionais e consumidores. Em particular, os consumidores devem receber a ficha informativa constante do anexo II.

O artigo 10º requer que os Estados-membros assegurem que estão previstas sanções para as violações pelos profissionais do dever de respeitar os requisitos especiais previstos pelos artigos 8º e 9º.

O artigo 11º explica que, em consequência da escolha válida do direito europeu comum da compra e venda, este será o único aplicável às questões por ele reguladas e que, por conseguinte, as outras normas nacionais não serão aplicáveis às questões abrangidas pelo seu âmbito de aplicação. A escolha do direito europeu comum tem efeitos retroativos, de modo a abranger o cumprimento e os meios de defesa em caso de incumprimento dos deveres de informação pré-contratual.

O artigo 12º clarifica que o regulamento não prejudica os requisitos de informação previstos na Diretiva 2006/123/CE, relativa aos serviços no mercado interno.

O artigo 13º possibilita que os Estados-membros adotem legislação tornando o direito europeu comum da compra e venda disponível para aplicação pelas partes num contexto inteiramente nacional ou nos contratos celebrados entre profissionais quando nenhum destes seja uma PME.

O artigo 14º exige aos Estados-membros que notifiquem as sentenças transitadas em julgado dos respectivos tribunais que interpretem as disposições do direito europeu comum da compra e venda ou quaisquer outras disposições do regulamento. A Comissão criará uma base de dados com essas sentenças.

O artigo 15º contém uma cláusula de revisão.

O artigo 16º prevê que o regulamento entre em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no jornal oficial da União Europeia.

II. Anexo I

O anexo I contém o texto do direito europeu comum da compra e venda.

A *Parte I*, «Disposições introdutórias», estabelece os princípios gerais de direito dos contratos que devem ser observados por todas as partes entre si, como a boa-fé contratual.

O princípio da liberdade contratual garante também às partes, salvo no caso das normas expressamente qualificadas de imperativas, nomeadamente as normas de proteção do consumidor, a possibilidade de se afastarem do disposto no direito europeu comum da compra e venda.

A *Parte II*, «Celebração de um contrato vinculativo», contém disposições sobre o direito das partes de receberem informações pré-contratuais essenciais, assim como normas sobre a celebração de acordos entre duas partes. Esta parte contém igualmente normas específicas que atribuem aos consumidores o direito de retratação em contratos celebrados à distância

ou fora do estabelecimento comercial. Por último, inclui disposições sobre a anulação de contratos resultante de erro, dolo, coação ou exploração abusiva.

A *Parte III*, «Avaliação do conteúdo do contrato», estabelece normas gerais sobre a interpretação das cláusulas contratuais em caso de dúvida. Contém também normas sobre o conteúdo e os efeitos dos contratos, bem como sobre as cláusulas contratuais que podem ser consideradas abusivas e, consequentemente, inválidas.

A *Parte IV*, «Obrigações e meios de defesa das partes num contrato de compra e venda», prevê normas específicas dos contratos de compra e venda e dos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, que determinam as obrigações do vendedor e do comprador. Esta parte inclui ainda normas sobre os meios de defesa em caso de incumprimento, quer por parte do comprador, quer por parte do vendedor.

A *Parte V*, «Obrigações e meios de defesa das partes nos contratos de prestação de serviços conexos», diz respeito aos casos em que o vendedor presta, em relação estreita com um contrato de compra e venda ou de fornecimento de conteúdos digitais, determinados serviços, designadamente de instalação, reparação ou manutenção. Esta parte explica quais as normas específicas aplicáveis nestes casos, nomeadamente quais os direitos e obrigações das partes decorrentes destes contratos.

A *Parte VI*, «Indenização e juros», prevê normas comuns suplementares sobre a indenização de prejuízos e os juros de mora devidos por atrasos no pagamento.

A *Parte VII*, «Restituição», enuncia as normas aplicáveis sobre o que deve ser restituído na sequência da anulação ou da resolução do contrato.

A *Parte VIII*, «Prescrição», regulamenta os efeitos da passagem do tempo sobre o exercício de direitos ao abrigo de um contrato.

O *Apêndice 1* contém o modelo de instruções relativas à retratação que o profissional deve fornecer ao consumidor antes de celebrar um contrato à distância ou fora do estabelecimento comercial.

O *Apêndice 2* contém o modelo de formulário de retratação.

III. Anexo II

O *Anexo II* inclui a ficha informativa sobre o direito europeu comum da compra e venda, que deve ser entregue pelo profissional ao consumidor antes de este manifestar o seu acordo quanto à aplicação desse direito.

III. Principais dificuldades e objeções à proposta

Como referido antes, a proposta encontrou uma forte oposição por parte de uma generalidade de organizações de consumidores, com o BEUC à cabeça, mas também por parte das organizações representante de certos setores das PME, designadamente a UAPME, e ainda de importantes representantes das empresas e dos profissionais, ainda que não sempre pelas mesmas razões.

Estas diferentes concepções encontraram eco no seio do Cese, onde a elaboração e adoção do respectivo parecer foi particularmente disputada até à plenária que o aprovou, após votação renhida de algumas das numerosas emendas que sofreu³⁹.

Importa recordar que tinha acabado de ser aprovada a diretiva dita dos “Direitos dos Consumidores” após acerba polémica e conturbada gestação⁴⁰, a qual, apesar da contestação quase generalizada, havia acabado por harmonizar plenamente alguns elementos-chave relativos a aspectos importantes dos direitos dos consumidores como os relativos aos contratos à distância, as informações pré-contratuais, os requisitos formais, o direito de retratação, a transferência do risco e a entrega, mas deixando sem alteração e portanto sujeitas a harmonização mínima as diretivas relativas às garantias jurídicas e às cláusulas contratuais abusivas.

Por seu turno, parece claro que os artigos 12º, 38º, 164º, 168º e 169º, n. 4, do tratado garantem a prevalência de medidas nacionais com base no argumento de que são mais vantajosas para os consumidores.

Acresce que os dados existentes revelam que mais do que as diferenças nas legislações nacionais são outros os obstáculos que as empresas e os consumidores enfrentam e que têm refreado o desenvolvimento do comércio eletrónico e transfronteiriço. Destacam-se, nomeadamente, as diferenças entre regimes fiscais, os requisitos administrativos, as dificuldades de entrega, as diferenças linguísticas e culturais, os requisitos em termos de proteção dos dados, o design, as limitações territoriais da propriedade intelectual e as modalidades de pagamento, além das diferenças em matéria de quadro jurídico.

Dados da própria Comissão com base noutros estudos revelam que nas transações entre empresas e consumidores um dos principais obstáculos a que os consumidores comprem no estrangeiro é a ausência de vias de recurso efetivas. 62% dos consumidores não efetuam transações transfronteiras em linha devido ao receio de fraude, 59% não sabem o que fazer em caso de problema, 49% têm receios quanto à entrega e 44% não estavam cientes dos seus direitos enquanto consumidores.

Ou seja, a proposta da Comissão não só se revelava demasiado ambiciosa como aparentemente não correspondia às necessidades e às prioridades dos “stakeholders”, parecendo evidente que o fato da adoção do direito europeu comum da compra e venda não seria suficiente para assegurar a extensão do comércio transfronteiriço, nem para explorar plenamente o potencial de crescimento económico e de criação de emprego do mercado único.

Refletindo estas preocupações o Cese foi de entendimento que a proposta de regulamento devia ser objeto de melhoramentos consideráveis, tendo em vista, nomeadamente:

- facilitar as transações em toda a UE, apoiar substancialmente as atividades económicas no âmbito do mercado único e explorar melhor as potencialidades que este encerra,
- proporcionar um valor acrescentado real em termos de custos e vantagens para os operadores económicos e os consumidores,
- oferecer vantagens substanciais em termos de «Legislar melhor» e criar um quadro normativo mais simples, claro e fácil de utilizar,
- reduzir os custos das transações transfronteiriças,
- garantir segurança jurídica e maior coerência entre as regulamentações horizontais e verticais, conferindo atenção especial às exigências em matéria de transparência, clareza e simplicidade. Tal beneficiaria não só os profissionais jurídicos, mas também as empresas pequenas e os consumidores,
- contribuir para que, em termos práticos, os consumidores possam efetivamente beneficiar da nova regulamentação.

Com efeito, do ponto de vista do seu conteúdo a proposta apresentava um conjunto global e complexo de normas de direito dos contratos (183 artigos), mas ainda assim incompleto. Algumas questões importantes continuarão a ser regidas pelas normas de direito nacional aplicáveis nos termos do Regulamento 593/2008 (Roma I) como sejam, designadamente, as relativas à personalidade jurídica, à nulidade do contrato resultante de incapacidade jurídica, ilegalidade ou imoralidade, à determinação da língua do contrato, à prevenção da discriminação, à representação, à pluralidade de devedores e de credores, à alteração das partes, incluindo a cessão, a compensação e a fusão/concentração, aos direitos reais, incluindo a transferência da propriedade, à propriedade intelectual, bem como à responsabilidade civil, o que não contribui para a desejável certeza jurídica.

Para as organizações representativas das PME's em particular, é indispensável alcançar um maior equilíbrio entre os direitos e as obrigações

das partes contratantes nas relações «B2C», salientando que importa proceder a algumas clarificações e simplificações, designadamente nos aspectos relativos a:

- Artigo 23º, n. 1 (o dever de fornecer informações sobre bens e serviços conexos é demasiado vago);

- Artigo 29º (as sanções são demasiado vastas e incertas);

- Artigo 39º (devem prevalecer as cláusulas da parte da oferta);

- Artigo 42º, n. 1, alínea a) (prazo de retratação) (devem ser aplicadas as disposições da Diretiva Direitos do Consumidor);

- Artigo 51º (necessidades urgentes, o fato de ser «imprevidente», «ignorante» ou «inexperiente» não deve ser uma justificação – o dever de «boa fé contratual» abrange estas situações previstas neste artigo);

- Artigo 72º (em processos de negociação longos, as partes devem poder chegar a acordo sobre um contrato, sob pena de as PME's serem confrontadas com demasiados encargos administrativos e de se gerar custos e perda de tempo);

- Artigo 78º, n. 1 (importa clarificar que o consentimento da outra parte deve ser solicitado caso seja conferido um direito a um terceiro);

- No que respeita ao artigo 78º, n. 4, nomeadamente à possibilidade de um terceiro renunciar ao direito conferido, há que suprimir a expressão «aceite tacitamente» por constituir uma fonte de incerteza);

- Artigo 97º (há que equilibrar as obrigações que impendem sobre as partes);

- Artigo 130º, n.ºs 3 e 5 (está omissa a questão da responsabilidade do comprador que tem a guarda do bem);

- Artigo 142º, n. 4 (aditar «primeiro» transportador);

- Artigo 159º, n. 1 (são necessários mais esclarecimentos).

De um modo geral os representantes das PME's foram de entendimento que a proposta não era suficientemente favorável às PME's, que pressupõe o recurso a dispendiosos serviços de assistência e de consulta jurídica, não aplicando devidamente o princípio «Think Small First» e o princípio da proporcionalidade, representando um aumento da carga administrativa e de despesas desnecessárias.

Pela sua natureza,
as normas em
matéria de conflitos
de leis não
podem eliminar
as diferenças
existentes entre
regras de direito
material dos
contratos

Por seu lado, os representantes dos consumidores também identificaram toda uma série de preceitos a necessitar de profunda revisão, de que se destacam:

- artigo 5º (determinação objetiva do carácter razoável),
- artigo 13º, n. 1 (significado exato da expressão «de forma clara e compreensível»),
- artigo 13º, n. 3, alínea *a*) (significado exato da expressão «uma forma adequada»),
- artigo 13º, n. 4, alínea *c*) (ausência de definição da expressão «suporte duradouro»),
- artigo 19º, n. 5 (ausência de definição da expressão «prazo razoável»),
- artigo 20º, n. 2 (significado exato da expressão «transações quotidianas»),
- artigo 28º, n. 1 (significado exato da expressão «diligência razoável»),
- artigo 30º, n. 1, alínea *c*) (ausência de definição da expressão «conteúdo e a segurança jurídica suficientes»),
- artigo 42º, n. 2 (a sanção pela não prestação de informação deveria conduzir à nulidade e à anulabilidade do contrato),
- artigo 45º (em caso algum deve o consumidor suportar os custos da devolução dos bens),
- artigo 52º, n. 2 [os prazos deveriam ser, no mínimo, de um ano para as situações previstas na alínea *a*) e de dois anos para os casos previstos na alínea *b*)],
- artigo 53º (em caso algum deve haver confirmação tácita),
- artigo 71º (necessidade de clarificar a redação),
- artigo 74º (esclarecer o significado de «pouco razoável»),
- artigo 79º, n. 1 (a natureza do vício que conduz ao efeito «não vinculativo» não é definida),
- artigo 79º, n. 2 (a diretiva não estabelece a distinção entre elementos essenciais e não essenciais de um contrato),
- artigo 82º [a diretiva é omissa quanto às regras relativas à comunicação de cláusulas, às obrigações de informação e às regras que devem ser automaticamente excluídas dos contratos independentemente do seu conteúdo, pelo fato de serem contra as regras de «bona fidei» (boa-fé)],
- artigo 84º (a lista «negra» das cláusulas abusivas é demasiado curta e não está em conformidade com a legislação nacional mais avançada),
- artigo 85º [o mesmo é válido para a lista de cláusulas consideradas abusivas (a chamada «lista cinzenta»)],
- artigo 99º, n. 3 (disposição completamente inaceitável),

- artigo 105º, n. 2 (o prazo deveria ser, no mínimo, de dois anos),
- artigo 142º (o significado jurídico e a natureza de «posse física dos bens» não é equivalente às diferentes traduções nas várias línguas, de acordo com os diferentes ordenamentos jurídicos nacionais),
- artigo 142º, n. 2 (significado de «controlo dos conteúdos digitais»),
- artigo 167º, n. 2 (dever-se-ia excluir a possibilidade de antecipação da notificação),
- artigos 179º e 180º (necessidade de clarificar a redação).

Estas observações na especialidade acompanhavam uma reivindicação de base no sentido de verem os contratos «B2C» excluídos do direito europeu comum da compra e venda, por temerem que o nível geral da sua proteção venha a resultar reduzido em relação ao artigo 169º, n. 4, do tratado.

O Cese já salientara anteriormente a importância de garantir «certeza jurídica aos cidadãos e às empresas com base nos mecanismos de proteção mais avançados», não obstante, contudo, «a que nenhum Estado-membro mantenha ou introduza medidas de defesa do consumidor mais severas» e pugnando «por um mercado único que seja um instrumento ao serviço do cidadão-consumidor». E igualmente já sublinhara que «esses objetivos devem ser alcançados gradualmente, começando por contratos transfronteiriços de compra e venda de mercadorias (B2B – Business to Business), concebidos como operações-piloto, para verificar a coexistência dos regimes e a sua aplicação na prática».

Por isso o Cese recomendou a subdivisão do direito europeu comum da compra e venda em dois documentos, um que regulamentasse os contratos «B2B» e outro respeitante aos contratos «B2C», e a fixação de um prazo claro de implementação para cada um deles, permitindo ao legislador decidir mais facilmente que instrumento legislativo adotar para cada conjunto de regras, tendo em conta o poder de negociação das partes.

O Cese apelou à Comissão, ao Conselho e ao Parlamento para que tivessem em conta estes aspectos quando da criação de um direito europeu comum da compra e venda e para que prossigam o diálogo com os representantes das organizações de PME e de consumidores de modo a assegurar que este direito se oriente mais para os novos beneficiários. Para o Cese é extremamente importante que a nova regulamentação se revista de um carácter facultativo e que assegure o pleno respeito da liberdade de negociação no que se refere à aceitação do direito europeu comum da compra e venda.

Neste sentido o Cese considerou que para fazer face às principais dificuldades identificadas para a aplicação do direito europeu comum da compra e venda seria imprescindível:

- a clarificação da inter-relação entre o instrumento opcional e o direito privado internacional europeu, incluindo as normas nacionais de aplicação imediata e as regras relativas à ordem pública (artigos 9º e 21º respectivamente do Regulamento 593/2008),

- a clarificação explícita do papel do Regulamento Roma I em caso de contratos «B2C», tendo em conta os recentes acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia com orientações a este respeito,

- uma maior garantia da segurança jurídica e um conjunto de normas de direito dos contratos que não remeta para os diferentes ordenamentos jurídicos dos 27 Estados-membros e não suscite problemas de interpretação nem de aplicação.

E definiu como objetivos políticos para a adoção deste regime que no mesmo fossem introduzidos melhoramentos consideráveis, tendo em vista, nomeadamente:

- facilitar as transações em toda a UE, apoiar substancialmente as atividades económicas no âmbito do mercado único e explorar melhor as potencialidades que este encerra;

- proporcionar um valor acrescentado real em termos de custos e vantagens para os operadores económicos e os consumidores;

- oferecer vantagens substanciais em termos de «Legislar melhor» e criar um quadro normativo mais simples, claro e fácil de utilizar;

- reduzir os custos das transações transfronteiriças;

- garantir segurança jurídica e maior coerência entre as regulamentações horizontais e verticais;

- contribuir para que, em termos práticos, os consumidores possam efetivamente beneficiar da nova regulamentação.

Todavia, chamou ainda a atenção para a importância de desenvolver medidas complementares para assegurar o conhecimento do novo regime pelas partes sujeitas a eventual aplicação do direito europeu comum da compra e venda caso este seja adotado, bem como para as formas de assegurar a aplicação eficaz e a interpretação uniforme deste direito. Os Estados-membros, por intermédio do Sistema de Informação do Mercado Interno (IMI) e dos outros canais de informação, devem assegurar a informação de todas as partes interessadas sobre o vasto conteúdo do direito europeu comum da compra e venda, bem como sobre as diferenças existentes entre as

legislações nacionais e europeias, incluindo o aspecto da jurisprudência e das boas práticas existentes.

Na atual conjuntura será imprescindível que a implementação do novo regime seja completada com ações de apoio no âmbito do plano de formação organizado pela Comissão para os representantes das organizações de profissionais, de PME e de consumidores – a quem cabe a tarefa de informar os respectivos membros sobre o direito europeu comum da compra e venda – incluindo medidas de apoio que lhes permitam disponibilizar consultas gratuitas sobre a aplicação do regulamento.

Um aspecto de enorme relevância para uma eficaz aplicação do novo regime mereceu uma particular atenção do Cese e uma viva recomendação. Trata-se da imprescindibilidade de fazer acompanhar a publicação do regulamento de um modelo europeu de cláusulas contratuais que:

- esteja disponível em simultâneo com a publicação e a entrada em vigor do novo regime do direito europeu comum da compra e venda,

- seja especializado em determinados domínios de comércio ou setores de atividade,

- preveja cláusulas e condições normalizadas abrangentes, que valorizem o acervo, a fim de assegurar um elevado nível de defesa do consumidor nos contratos celebrados entre empresas e consumidores e a liberdade contratual nos contratos celebrados entre empresas, bem como a aplicação plena do «Small Business Act»,

- esteja disponível em todas as línguas oficiais,

- seja monitorizado e analisado regularmente com o intuito de melhorar o seu conteúdo, com base nas boas práticas, bem como na doutrina e prática judiciais.

Na elaboração deste modelo europeu de contrato de compra e venda, afigura-se indispensável a participação e cooperação das organizações de PME e de consumidores, bem como dos restantes stakeholders em geral.

IV. O “íter” legislativo

A) No Parlamento Europeu

A proposta da Comissão pendente agora para 1ª leitura no Parlamento Europeu. Nomeados que foram os relatores da Comissão IURI⁴¹ a 1º de março do corrente ano e identicamente designados os correlatores da Comissão IMCO⁴², foi apresentado um *1º Projeto de Relatório*⁴³ já com 205 propostas

de alteração a que já se somaram mais 326 num total, até ao presente, de 531 propostas de alteração⁴⁴.

Da exposição de motivos que acompanha este projeto destaca-se, por particularmente relevante no que se refere à estrutura da proposta, a fusão do regulamento com o anexo, de forma a obter um instrumento consolidado e integrado.

Quanto ao âmbito de aplicação, os relatores opinam que o regulamento se deva aplicar apenas às transações eletrónicas ou à distância, ou seja, aos chamados “contratos à distância”, conceito já definido na nomenclatura do acervo (Diretiva Vendas à Distância, Diretiva Comercialização de Serviços Financeiros à Distância, Diretiva Direitos dos Consumidores).

No que se refere à natureza jurídica do novo regime opcional e à sua relação com o Regulamento Roma I, os relatores entendem tornar absolutamente claro que o acordo para a utilização do direito europeu da compra e venda não deve ser confundido com uma escolha entre dois ordenamentos jurídicos diferentes, mas de uma “escolha entre dois regimes diferentes de um mesmo ordenamento jurídico nacional”.

Relativamente aos meios de defesa dos consumidores, os relatores consideram que o novo regime proporciona um muito elevado nível de proteção dos consumidores que vai além do acervo e, nomeadamente, da Diretiva Bens de Consumo e que corresponde quase inteiramente ou vai mesmo além da legislação nacional.

No entanto, entendem que é necessário assegurar um melhor equilíbrio no que diz respeito à liberdade de escolha dos meios de defesa, tendo em conta a ausência de sanção por parte do vendedor, a ausência de um requisito de notificação da resolução dentro de um certo prazo e o princípio geral da ausência de pagamento pela utilização.

Para este efeito propõem três soluções alternativas:

- ou introduzir um prazo de seis meses após o risco transferido para o comprador, e após cuja expiração o comprador deveria aceitar a sanção;
- ou ser introduzido um requisito de que o consumidor notifique a resolução dentro de um prazo razoável após ter constatado pela primeira vez o incumprimento; daí em diante, o direito de resolução seria perdido e o consumidor deveria ter acesso a outros direitos, menos amplos, como a substituição ou a reparação;
- ou introduzir a obrigação de o consumidor pagar pela utilização nos casos em que resolver o contrato (por oposição aos casos de anulação); segundo esta opção, o consumidor ainda teria a liberdade de escolha entre meios de

defesa, mas o vendedor deveria poder exigir o pagamento pela utilização dos bens se o comprador decidisse resolver o contrato em vez de evocar os seus menos amplos direitos, isto é, substituição ou reparação.

Quanto ao conteúdo digital, os relatores propõem, em particular, uma solução para casos em que este não seja pago com dinheiro, mas e.g. com dados pessoais. A proteção do comprador deve ser alargada nesses casos, pois este deve dispor todo um conjunto de meios de defesa (exceto a redução de preço, já que não pagou com dinheiro).

No que toca à prescrição, os relatores propõem um prazo de seis anos, que consideram adequado à luz dos longos prazos de prescrição existentes nos Estados-membros.

Adicionalmente os relatores propõem um certo número de disposições destinadas a reforçar as medidas de acompanhamento no articulado do texto no que se refere em especial à base de dados sobre sentenças, à ligação com a resolução alternativa de litígios e à elaboração de um contrato-modelo normalizado a nível do conjunto da UE.

Concluindo, os relatores consideram que a proposta da Comissão é uma iniciativa inovadora de grande importância para os consumidores e empresas no mercado interno, em especial na era digital, e oferece uma oportunidade que não se deve perder.

No entanto, a discussão está a dar ainda os primeiros passos e a quantidade e a natureza das emendas já apresentadas vão muito fundo na concepção mesma da proposta para ser legítimo duvidar da probabilidade da sua adoção, pelo menos durante a presente legislatura.

B) Nos parlamentos nacionais

Ao nível dos Estados-membros, do lado do Conselho, a opacidade que timbra as suas posições não permite até agora saber qual a sua orientação.

São, no entanto, conhecidas algumas posições assumidas por vários parlamentos nacionais, comunicadas ao PE, e elas não auguram um resultado positivo no sentido da adoção da proposta.

Com efeito, entre as mais relevantes destacam-se as dos pareceres fundamentados do Senado Belga⁴⁵, do Bundestag da RFA⁴⁶, da Câmara dos Comuns do Reino Unido⁴⁷ e do Bundesrat da Áustria⁴⁸, os quais todos se pronunciaram no sentido de que a proposta viola o princípio da subsidiariedade e não é, assim, aceitável.

Com efeito, a *Câmara dos Comuns do Reino Unido* mostra-se particularmente crítica em termos da subsidiariedade e da necessidade

da presente proposta, destacando designadamente que a Comissão não apresentou *“nenhuma prova convincente que sustente a sua posição de que o novo instrumento do direito dos contratos da UE permitirá alcançar o objetivo de promover a expansão do comércio transfronteiriço”* para além de se revestir de elevado nível de complexidade jurídica totalmente contrário aos interesses dos consumidores e das empresas. Citando, entre outros, estudo da *Consumer Focus*, a Câmara conclui que *“os consumidores e as empresas que participam no comércio transfronteiriço enfrentam outros obstáculos bem mais importantes do que a variabilidade do direito dos contratos”*.

Adianta ainda que a proposta não garante mínimos de segurança jurídica na sua aplicação por não conter qualquer mecanismo que assegure a sua interpretação uniforme em toda a UE. Finalmente a Câmara dos Comuns exprime o seu receio de que *“a introdução de um direito europeu dos contratos facultativo gere confusão nos consumidores, os quais se veriam confrontados com uma situação em que diferentes normas se aplicariam aos mesmos produtos, consoante a quem os comprassem e a localização do fornecedor não lhes garantindo um elevado nível de proteção”*.

Identicamente o *Bundesrat austríaco* também se pronuncia pelo não respeito do princípio da subsidiariedade, destacando-se do seu parecer que *“os diferentes sistemas de regulamentação paralelos não conduzem ao grau de segurança jurídica que é garantido pelo legislador austríaco no direito privado austríaco desde a criação do ABGB (Código Civil), ou seja, exatamente há 200 anos. A ameaça de insegurança jurídica que representa o direito europeu da compra e venda assenta, por um lado, no âmbito limitado da regulamentação, que deixa por regular determinadas questões de uma relação jurídica. No futuro, os profissionais da justiça ver-se-iam confrontados, não só com dois ordenamentos jurídicos, o da outra parte contratante e o seu próprio, mas ainda com um terceiro. Esta tríade faria temer substanciais distorções e contradições na interface entre o direito nacional e o direito europeu da compra e venda (...) Por outro lado, o conjunto de regras contém também inúmeros termos indeterminados, que devem ser interpretados de forma autónoma e, em última instância, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. O valor acrescentado para o utilizador da justiça que se pode esperar da proposta de um direito opcional da compra e venda seria também, provavelmente, muito baixo. Pelo contrário, a referida insegurança jurídica faz temer um aumento dos custos das transações.”*

Embora na proposta não esteja em causa um conjunto de regras imperativas, para o *Bundesrat* *“aquela acaba por pressupor a escolha das*

partes contratantes a favor deste direito da compra opcional e é de recear que o consumidor ou PME em posição de inferioridade, ao qual o direito dos contratos é igualmente aplicável, no caso de concluir um contrato com uma grande empresa, não disponha de nenhuma possibilidade de influenciar a escolha”.

Por fim o Bundesrat afirma que “*não são os ordenamentos jurídicos diferentes, mas sim problemas efetivos e práticos, como as barreiras linguísticas tantas vezes existentes, o receio de fraudes, problemas de distribuição ou problemas efetivos no caso de um defeito de um produto fornecido, que impedem os consumidores de desenvolverem as suas atividades a nível transfronteiriço. Mas também para as empresas não são tanto as diferenças de ordenamento jurídico que constituem uma barreira para uma actividade transfronteiras; são sobretudo as considerações económicas gerais que desempenham o papel decisivo.*”

Em suma, para o Bundesrat, “*o prejuízo potencial macroeconómico que a proposta poderia suscitar devido a uma maior complexidade jurídica teria de ser do mesmo modo quantificado pela Comissão, a fim de tornar credível a análise de impacto. Só então esta representaria uma base útil para avaliação da conformidade da proposta com o princípio da subsidiariedade.*”

Opinião ainda mais vigorosa sustenta o Bundestag alemão, que refere, sem ambiguidades, que “*a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda (COM (2011) 635; Doc. do Conselho n. 15429/11) não é compatível com o princípio da subsidiariedade*”, porquanto, “*baseando-se a Comissão no art. 114º, n. 1, segunda frase, do TFUE, relativo à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno, de acordo com o objeto e o conteúdo do regulamento, com a introdução de um direito europeu comum da compra e venda, o que não se pretende nem é possível alcançar é, precisamente, tal aproximação*”⁴⁹.

Mas o Bundestag duvida ainda que o regulamento seja compatível com o princípio da subsidiariedade num sentido estrito, bem como com o princípio da proporcionalidade, e demonstra-o pelas seguintes razões:

“*a) Nos termos do artigo 5º, n. 3, do TUE, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos*

O direito europeu comum da compra e venda criará um conjunto completo e independente de normas aplicáveis às transações de compra e venda

Estados-Membros, podendo, contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser melhor alcançados a nível da União.

Para atuar a nível da União, é necessário que os objetivos visados possam ser mais facilmente alcançados através dessa medida concreta. A Comissão remete para os entraves ao comércio transfronteiriço atribuíveis às diferenças existentes entre as legislações nacionais em matéria de contratos.

O Bundestag duvida que as diferentes legislações dos Estados-Membros aplicáveis aos contratos possam efetivamente constituir um entrave perceptível às atividades económicas no espaço europeu. A este título, justifica-se referir a experiência adquirida na aplicação da convenção das Nações Unidas sobre contratos internacionais de compra e venda. A prática mostra que são sobretudo as barreiras linguísticas e as longas distâncias que dificultam as atividades económicas transfronteiriças, afetando na mesma medida os consumidores e as empresas, como o demonstram os pareceres das respectivas associações.

Assim, admitindo que as diferenças entre os ordenamentos jurídicos aplicáveis aos contratos comerciais não constituem um obstáculo de monta às trocas comerciais transfronteiriças, não se justifica a necessidade de um direito europeu comum da compra e venda e, desse modo, a aplicação da medida prevista no artigo 5º do TUE.

Refira-se ainda que não é certo que os objetivos possam ser alcançados, porque certas questões fundamentais para a celebração de um contrato eficaz não são contempladas no direito europeu comum de compra e venda, continuando a reger-se pelo direito interno dos Estados-Membros, o qual é aplicável nos termos dos Regulamentos (CE) n. 593/2008 e (CE) n. 864/2007, ou nos termos de outras normas de conflitos de leis pertinentes (considerando 27). Em causa estão questões importantes como personalidade jurídica, invalidade do contrato por motivo de incapacidade laboral, poderes de representação, ilegalidade contratual por questões jurídicas ou violação dos bons costumes, cessão de direitos, compensação ou acerto de contas, maioria de credores e devedores e substituição das partes. Perante este pano de fundo, e contrariamente ao disposto no considerando 8, os parceiros contratuais não poderão celebrar o seu contrato com base numa única legislação contratual uniforme. Nestas condições, o direito europeu comum da compra e venda, em vez de eliminar, ainda agrava mais, para os utilizadores do direito, a insegurança e incerteza jurídicas resultantes da existência de diferentes ordenamentos jurídicos no mercado interno.

Além disso, também no âmbito dos regimes cobertos pelo regulamento, o Bundestag considera que subsiste o perigo de uma grave insegurança jurídica, o que justifica fortes reticências quanto à possibilidade de concretização dos objetivos do

regulamento. Por natureza, o direito europeu comum da compra e venda só pode proporcionar disposições legislativas gerais que encerram, além disso, numerosos conceitos jurídicos indeterminados. Acontece que, na Alemanha como nos demais Estados-Membros, o direito contratual se caracteriza, em grande medida, por decisões jurisprudenciais. Por conseguinte, a maioria das regras relevantes para os parceiros contratuais terá ainda de ser criada com base numa aplicação das normas relevantes por parte dos tribunais, através da concretização de princípios e da exploração das possibilidades jurídicas disponíveis. Tal é a tendência clara observável no modo como evoluem os ordenamentos nacionais em matéria de direito contratual. No entanto, na União não existe nenhuma competência jurisdicional uniforme em matéria de direito civil através da qual possa ser criado um conjunto de normas gerador de segurança jurídica. Pela sua função e estrutura, o Tribunal de Justiça Europeu não reúne as condições necessárias para assegurar a unidade jurídica. Acresce ainda que um tal processo, como revela a comparação da evolução dos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais, demoraria anos se não mesmo décadas, o que foi aliás salientado pelos peritos na audição de 21 de novembro de 2011. Durante todo esse período, o comércio transfronteiriço não seria promovido, mas sim inibido por causa da referida insegurança jurídica e dos elevados custos associados das transações.”

Embora por razões diversas também o *Senado Belga* é de parecer que a proposta não respeita o princípio da subsidiariedade fundamentalmente porque “organiza a concorrência entre regimes jurídicos distintos quando deveria ter como objetivo combater os efeitos prejudiciais que resultam de legislações diferentes ou, em alternativa, atenuá-los”.

E fundamenta a sua posição essencialmente nas seguintes razões maiores:

a) “Os autores da proposta baseiam a sua intervenção no primeiro parágrafo do artigo 114º do TFUE. Esta disposição visa assegurar a «aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno». No n. 3 do mesmo artigo, é especificado que, nas disposições que formular, nomeadamente em matéria de defesa do consumidor, a Comissão deverá ter por base «um nível de proteção elevado». A proposta não se insere, contudo, na perspectiva da aproximação das disposições legislativas nacionais. Os autores deveriam ter escolhido outra base legal, como o artigo 352º do TFUE, que autorizasse a União a tomar «medidas adequadas» caso «uma ação da União for considerada necessária, no quadro das políticas definidas pelos Tratados, para atingir um dos objetivos estabelecidos pelos Tratados, sem que estes tenham previsto os poderes de ação necessários para o efeito». Neste caso,

caberia aos autores da proposta obter a adesão unânime dos Estados-Membros. Fazendo erroneamente referência ao artigo 114º do TFUE, introduzem uma distorção no processo legislativo europeu. Incidentalmente, deslocam também o centro da decisão política no seio da União.”

b) No que diz respeito à análise da pertinência, *“a proposta garante «uma proteção menos forçada» do que a do direito belga, tal como se exprime na Lei de 6 de abril de 2010 relativa às práticas do mercado e à defesa dos consumidores”.*

c) Finalmente, no que diz respeito à análise da proximidade, porque *“os autores do projeto de regulamento europeu demonstram suficientemente que o ato legislativo que propõem pode satisfazer uma análise de subsidiariedade”, designadamente “não demonstram que um vigésimo oitavo regime – dito «opcional» –, acrescentado aos vinte e sete regimes jurídicos aplicáveis nos Estados-Membros e que entre em concorrência com os mesmos, servirá melhor os interesses dos produtores e dos consumidores”.*

É particularmente significativo que parlamentos nacionais de países com diferentes tradições jurídicas e bem diversas opiniões quanto à forma de realizar a integração e a aproximação dos direitos nacionais e a realização de um mercado interno tenham expresso uma tal concordância quanto à proposta da Comissão e que, decerto, não irá facilitar a sua adoção a nível do Conselho.

V. Algumas conclusões

Uma proposta como a presente representa uma verdadeira revolução no direito civil europeu. Ao escolher como objeto o contrato de compra e venda, a Comissão decidiu afrontar a mãe de todos os contratos e o direito das obrigações.

O fato de se tratar de um regime opcional, em si mesmo uma opção de grande alcance e de inegável mérito, ao ser aplicado em bloco a todos os contratos, não deixa de significar uma modificação substancial, mesmo radical, no direito privado europeu.

Compreendem-se, mesmo que se não justifiquem de um ponto de vista estritamente racional, as reações mais emocionais que acompanharam a presente proposta.

Acresce que o seu desenho também não foi particularmente cuidado nem as soluções encontradas para diversos aspectos fundamentais de um regime contratual como o presente devidamente ponderadas. Vários aspectos

parcelares da proposta foram objeto de análises detalhadas por parte vários autores que colaboraram com o parlamento europeu e deles se destacam as fundadas críticas a institutos como a prescrição, a restituição, as cláusulas abusivas e os meios de reação à sua utilização, as garantias, a entrega etc.

Por outro lado, os estudos de impacto revelaram-se totalmente desajustados, os aspectos económicos foram mal apreciados, as perspectivas dos consumidores e dos empresários deficientemente equacionadas.

Também o carácter verdadeiramente opcional não foi devidamente garantido ou, pelo menos, não foi passada a correta mensagem quanto à garantia do consenso e da liberdade essenciais para a sua voluntária adoção por todas as partes.

Finalmente, o regime revela-se desnecessariamente complexo e confuso, em especial por não ter sido acompanhado de um ou mais modelos de contratos.

O carácter demasiado ambicioso da proposta contribuiu claramente para a sua generalizada rejeição e não se crê que centenas de propostas de emenda apresentadas no Parlamento Europeu possam contribuir para um desenho correto do regime europeu do contrato de venda.

Teme-se assim, justificadamente, que se trate de uma proposta que não vai ver a luz na presente legislatura e que será eventualmente sujeita a profunda alteração, se não mesmo à pura e simples rejeição.

Bruxelas, 4 de julho de 2013

Jorge Pegado Liz

Notas

¹ Ver “A Nova Diretiva sobre Direitos dos Consumidores”, J. Pegado Liz, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. II, n. 2, junho de 2012, pág. 185 e sgs.

² Comunicação da Comissão ao Parlamento, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões – Um direito europeu comum da compra e venda para facilitar as transações transfronteiras no mercado único (COM (2011) 636 final de...

³ Em 1971, o Conselho de Direção do UNIDROIT havia adotado uma resolução no sentido de incluir no seu programa de trabalho uma tentativa de unificação do direito obrigacional *ex contractu*, projeto que foi designado por “Progressive Codification of International Trade Law”. No entanto, somente em 1980 é que se constituiu um grupo de trabalho, incluindo representantes dos cinco continentes sob a coordenação de Michael Joachim Bonell, que culminou 1994 com a publicação dos “Principles for Internacional Commercial Contracts”.

Estes princípios contêm regras básicas sobre a formação, validade, interpretação, cumprimento e incumprimento dos contratos comerciais internacionais. Cada artigo contém além das regras de

direito um comentário exemplificativo, frequentemente, com exemplos ilustrativos. Os comentários fazem parte integrante dos princípios, pelo que cada artigo deve ser lido juntamente com o respectivo comentário que muitas vezes introduz desenvolvimentos à regra expressa.

Nestes comentários evitaram-se referências a qualquer direito positivo nacional para explicar a adoção de cada solução, adotando-se expressões tanto quanto possível neutras ou então expressão comumente aceita na prática do comércio internacional. As únicas exceções são as referentes à Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias de 11 de Abril de 1980, cujas soluções foram consagradas com adaptações em alguns pontos.

O objetivo dos princípios do UNIDROIT é servir de guia para os tribunais quando da interpretação do direito uniforme existente e aos árbitros quando tenham que decidir conflitos sobre contratos comerciais internacionais. Podem ainda, servir de modelo e estímulo à discussão sobre o direito uniforme dos contratos para a Europa.

Ver mais em: <http://jus.com.br/revista/texto/5461/a-uniformizacao-do-direito-privado#ixzz2XOV9ITxW>.

⁴ Ver JO C 158 de 1989; é no seu seguimento que um grupo de eminentes juristas publica o primeiro conjunto de estudos, coordenado e editado pela Kluwer Law International (1a. ed. 19942. ed. 1998) sob o título “Towards a European Civil Code”, em que avultam nomes como Edwoud HONDIUS, Arthur HARTKAMP, Thomas WILHELMSSON, Ole LANDO, Christian Von BAR, Geraint HOWELLS entre outros. Em 1997, uma outra perspectiva de aproximação a um direito privado europeu ressalta no Colóquio realizado na Universidade de Reims e cujas Atas foram publicadas sob a direção de Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES sob o título “Le Droit Privé européen” (ed. ECONOMICA, 1998 Coll. Études Juridiques).

⁵ COM (2001) 398 final, de 11 de julho de 2001 (JO C 255 de 13.09.2001); ver Parecer CES 836/2002, de 17 de julho de 2002 (INT/117) relator D. RETUREAU; ver igualmente o Relatório da Comissão dos Assuntos Jurídicos e do Mercado Interno do PE, de 6 de novembro de 2001, elaborado pelo deputado K-H. LEHNE (Doc. A5-0384/2001).

⁶ Entre os principais contributos para esta discussão destacam-se os artigos de Denis MAZEAUD, professor na Universidade Paris II e presidente da Associação Henri Capitant “Faut-il avoir peur du droit européen des contrats?”, in «Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation», Thierry BOURGOIGNIE, GREDICC-UQAM, Ed. Yvon Blais, 2006, pág. 83; Norbert REICH, professor emérito na Universidade de Bremen e atualmente na Universidade de Tartu, Estónia, “A European Contract Law or an EU Contract Law Regulation for Consumers?” in *Revue européenne de droit de la consommation* 1/2006, pág. 5; do mesmo, “A Common Frame of Reference (CFR) – Ghost or host for integration”, *Zentrum für Europäische Rechtspolitik-Diskussionpapier* 7/2006; Thomas WILHELMSSON, professor na Universidade de Helsínki, “Varieties of Welfarism in European Contract Law, in *European Law Journal*, v. 10, n. 6, pág. 712; Reiner SCHULZE, professor na Universidade de Münster, “Consumer Law and European Contract Law” in *The Yearbook of Consumer Law* 2007, pág. 153; Guido ALPA, professor de Direito Privado, Universidade de Roma,

«The Future of European Contract Law: Some questions and some answers» in *The Yearbook of Consumer Law* 2008, pág. 19; Norbert REICH, «Crisis or future of European Consumer Law?» in *The Yearbook of Consumer Law* 2009, pág. 3. Já na presidência francesa “Quel Droit Européen des contrats pour l’Union Européenne?” (23-24 de outubro de 2008), onde se confrontaram alguns dos maiores expoentes do pensamento jurídico europeu sobre esta matéria, tendo a posição da Comissão sido apresentada por Salla SASTAMOINEN, chefe de unidade e Georg HAIBACH, administrador, ambos da Unidade da Justiça Civil da Direção Geral Justiça, Liberdade e Segurança.

⁷ COM (2003) 68 final, de 12 de Fevereiro de 2003 (JO C 63 de 15.03.2003).

⁸ Ainda desta vez o PE foi particularmente crítico quanto às medidas e iniciativas propostas pela Comissão, podendo ler-se no Relatório da Comissão dos Assuntos Jurídicos e do Mercado Interno de 9 de julho de 2003, elaborado pelo deputado Klaus-Heiner LEHNE, à guisa de resumo sobre a Comunicação da Comissão: “O plano de ação da Comissão – muitos planos e pouca ação” (Doc. A5– 0256/2003).

⁹ COM (2004) 651 final, de 11 de outubro de 2004 (JO C 14 de 20.01.2005).

¹⁰ Cf. o Parecer do PE de 18.10.2005, de que foi relatora a deputada Diana WALLIS, membro da Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, que não se eximiu a criticar, de forma particularmente contundente, a ausência de participação democrática do PE no que considerou tratar-se de um “exercício em matéria de legislar melhor”, não sendo “de forma alguma claro a que é que o mesmo conduzirá em termos de resultados práticos nem qual a base jurídica para a adoção de qualquer instrumento ou instrumentos vinculativos” (Doc. PE 364.753v01-00). Por estas razões o PE decidiu constituir um grupo permanente no seio da Comissão dos Assuntos Jurídicos para acompanhar este tema e encomendou e apresentou em setembro de 2008 um dos mais importantes estudos críticos sobre o CFR, da autoria de Martijn W. HESSELINK, professor de direito privado europeu da Universidade de Amsterdão, intitulado “The values underlying the Draft Common Frame of Reference: What role for fairness and “social justice?” e divulgado na Conferência de Paris, de 23 e 24 de outubro (PE 408 312).

¹¹ Inicialmente presidido pelo professor Reichert Facilides e atualmente dirigido pelo professor Helmut Heiss, este grupo acaba de publicar a primeira parte dos resultados do seu trabalho, em livro intitulado “Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)” ed. Sellier European Law Publishers GmbH, Munich, 2009. O autor teve o privilégio e a honra de pertencer a este grupo desde 2002 a 2005 e contou com o seu apoio muito especial na elaboração do Parecer de Iniciativa do Cese, de que foi relator, sobre a Lei Europeia do Contrato de Seguro onde, pela primeira vez, no seio das instituições comunitárias, se fez a defesa do chamado “28º regime” como forma de melhor legislar a nível europeu (Cese 1626/2004, de 15 de dezembro de 2004 (INT/202)).

¹² De entre as variadas conferências sobre este tema, em que o autor teve oportunidade de participar como orador, enquanto membro do Cese, destacam-se a Conferência promovida pela presidência austríaca e realizada em Viena a 26 de maio de 2006, especificamente sobre “The Review of the Consumer Acquis and the Common Frame of Reference – Progress, Key Issues

ans Perspectives”, onde prestigiados académicos e representantes dos interesses em causa tiveram oportunidade de se interrogarem e de questionarem criticamente a Comissão sobre o estado e o futuro do exercício em curso; a “Conference on Private Law and the many Cultures of Europe”, realizada na Faculdade de Direito da Universidade de Helsinkia, a 27/29 de agosto de 2006, onde merecem uma referência especial as intervenções sobre esta temática, de Martin J. DORIS e de Sandra M. COLINO, da Universidade de Glasgow, com o título “The creation of an European Identity through Legal Harmonization and its Implications for National Cultures” e de Brigittta LURGER, da Universidade de Graz, Áustria, sob o título “Common Frame of Reference/Optional Code and the Various Understandings of Social Justice in Europe”; a conferência realizada na Cour de Cassation, em Paris, em 26 de janeiro de 2007, promovida pelos participantes no manifesto “Social Justice in European Contract Law” e dirigida pelas professoras Horatia MUIR-WATT e Ruth SEFTON-GREEN da Universidade de Paris I, sob o lema “Démocratie et justice sociale: Quel avenir pour le droit privé européen?” onde merecem ser sublinhadas as contribuições dos professores Hans MICKLITZ, da Universidade de Bamberg, Hugh COLLINS, da London School of Economics, Thomas WILHEMSSON da Universidade de Helsinki e de Stephen WEATHRILL, da Universidade de Oxford; a “SECOLA Conference on the Common Frame of Reference and the future of European Contract Law”, realizada em Amesterdão a 1 e 2 de junho de 2007, promovida pela Society of European Contract Law (SECOLA) em colaboração com o Centre for the Study of European Contract Law, onde o autor fez parte do painel de discussão final, juntamente com a comissária KUNEVA, o ministro da Justiça da Alemanha OEHLER, o ministro da Justiça da Holanda BOUWES e o professor Thomas WILHELMSSON da Universidade de Helsinkia. Promovida pela Comissão foi também importante a “Stakeholders’ Conference” realizada no Centre Albert Borschette, em Bruxelas, a 14 de novembro de 2007, onde a Comissão foi amplamente confrontada com a falta de resultados e a ambiguidade latente de todo este exercício.

¹³ Primeiro Relatório Anual sobre os progressos obtidos em matéria de direito europeu dos contratos e revisão do acervo de 23 de setembro de 2005 (COM (2005) 456 final) e Segundo Relatório de progresso sobre o Quadro Comum de Referência, de 25 de julho de 2007 (COM (2007) 447 final).

¹⁴ Os trabalhos em causa foram oficialmente entregues à Comissão a 31 de dezembro de 2007 compreendendo o Draft Common Frame of Reference (DCFR), os dois volumes do estudo de direito comparado elaborado pela Associação Henri Capitant e a Sociedade de Legislação Comparada, relativos à “Terminologia Contratual Comum” e aos “Princípios Contratuais Comuns” e a Parte Geral do “Insurance Restament Law” e estão na origem dos progressos que iriam culminar com a proposta de Diretiva da Comissão sobre um Regime Jurídico Opcional para a Lei Europeia do Contrato de Venda ainda em discussão acesa no Parlamento Europeu e nos Estados-membros. Quanto a uma lei europeia para o Contrato de Seguro, segundo o modelo opcional ou 28º regime, recebeu recente impulso com a nomeação de um grupo de peritos para assessorar a DG JUST na elaboração de uma proposta e de que o autor faz parte.

¹⁵ Em maio de 2003 a DG SANCO identificou como fazendo principalmente parte deste acervo 18 diretivas e 4 recomendações, embora no site da Comissão, em 2007, se contassem por 253 as medidas legislativas relativas aos consumidores.

¹⁶ Entre as várias experiências nesse sentido ressaltam-se o Código do Consumo Francês, versão “menos ambiciosa” do que o projeto inicial, no dizer do seu próprio autor, Jean CALAIS-AULOY, (Cf. “Propositions pour un code de la consommation” in La Documentation Française, 1990 e também do mesmo autor e de Franz STEINMETZ, “Droit de la Consommation”, Dalloz, 4. ed., 1996, pág. 28 e sgs; ver igualmente, de Yves PICOD e Hélène DAVO, “Droit de la Consommation”, Armand Colin, 2005, pág. 7 e sgs.). Na Bélgica idêntica iniciativa, levada a cabo por Thierry BOURGOIGNIE, não chegou a passar de projeto. Entre nós foi em 1996 constituída uma Comissão encarregada da elaboração de um Código do Consumo, presidida pelo professor António PINTO MONTEIRO, cujos trabalhos apenas 10 anos depois foram publicados em forma de anteprojeto (ed. Instituto do Consumidor, março de 2006), não havendo notícia do futuro destino deste labor, o qual foi acolhido com as mais sérias reservas, quer nos meios académicos, quer pelas organizações representativas dos interesses em causa, consumidores e profissionais. Recentemente na Itália, em Malta e no Luxemburgo foram publicados códigos do consumo, embora sem o carácter demasiado ambicioso do projeto português, mais ao estilo de verdadeiras leis de defesa dos consumidores desenvolvidas e aprofundadas nos seus aspectos essenciais. Fora da Europa merece destaque a forma como esta ideia foi concretizada no Brasil.

¹⁷ Primeiro com o artigo 129 A do Tratado de Maastricht e depois com o artigo 153 do Tratado de Amesterdão.

¹⁸ Para uma análise das várias noções de codificação e do pensamento de alguns dos mais ilustres juristas europeus sobre este tema, ver as Atas e Debates do Colóquio realizado em Lyon a 12 e 13 de dezembro de 1997, reunidas em livro editado pela Bruylant (1998), sob o título “Vers un Code Européen de la Consommation”, em especial as intervenções de Filali OSMAN “Codification, Unification, Harmonisation du droit en Europe: un rêve en passe de devenir réalité?” e de Antoine JEAMMAUD, “Unification, Uniformisation, Harmonisation: de quoi s’agit-il?”. Ver, igualmente, de Thierry BOURGOIGNIE, “Vers un droit européen de la consommation: unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté?” in Les Cahiers de Droit, vol. 46, nos 1 e 2, março/junho 2005, pág. 153.

¹⁹ COM (2001) 531 final, de 2 de outubro de 2001; ver Parecer Cese 344/2002, de 20 de março de 2002 (INT/127), relatora A. DAVISON (JO C 125, de 27.05.2002).

²⁰ COM (2002) 289 final, de 11 de junho de 2002.

²¹ São estas comunicações que se irão concretizar na Proposta da Comissão relativa a uma diretiva sobre as práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno (COM (2003) 356 final, de 18 de junho de 2003), que esteve na origem da Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005 (JO L 149, de 11.06.2005); ver Parecer Cese 105/2004, de 29 de janeiro de 2004, (INT/201), relator H. BATALLER. Sobre esta Diretiva, os seus antecedentes e o significado político da sua adoção ver, do autor, “A ‘lealdade’ no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Diretiva 2005/29/CE)”, in *RPDC*, n. 44, dezembro de 2005, págs.

17 e sgs. e “A Publicidade na Europa”, in *RPDC*, n. 48, págs. 47 e sgs. Ver também do professor Mário Frota “Das práticas comerciais na União Europeia – o ordenamento da União Europeia”, in *RPDC*, n. 43, setembro 2005, págs. 28 e sgs. e de Óscar Lopez Santos “La diretiva sobre practicas comerciales desleales: antecedentes, descripcion y comentario critico”, in *RPDC*, n. 47, setembro 2006, págs. 15 e sgs.

²² COM (2002) 208 final, de 7 de maio de 2002 (JO C 137, de 08.06.2002); ver Parecer Cese 1194/2002, de 26 de fevereiro de 2003 (INT/150), relatora A. DAVISON.

²³ In JO L 149, de 11.06.2005, transposta no direito interno português pelo Decreto-Lei 57/08 de 26 de Março; a Comissão intentou ações por incumprimento de transposição desta diretiva no Tribunal de Justiça contra a Hungria (Proc. C-270/08, de 24.06.08), o Luxemburgo (Proc. C-282/08, de 27.06.08), a Holanda (Proc. C-283/08 da mesma data), o Reino Unido e a Irlanda (Proc. C-284/08, da mesma data), a Espanha (Proc. C-321/08, em 15.07.08) e a Alemanha (Proc. C-326/08, de 16.07.08).

²⁴ In JO L 133, de 22.05.2008, transposta no direito interno português pelo Decreto-Lei 134/09, de 2 de Junho.

²⁵ In JO L 33, de 03.02.2009.

²⁶ COM (2006) 744 final; ver Parecer Cese 668/2007 (INT/336), de 23.05.2007, rel. Adams.

²⁷ Constantes do seu Anexo II as referidas diretivas seriam as Diretivas 85/577/CEE, de 20 de dezembro de 1985, relativa às vendas negociadas fora dos estabelecimentos (JO L 372, de 31.12.1985); 90/314/CEE, de 13 de junho de 1990, relativa às viagens, férias e circuitos organizados (JO L 158, de 23.06.1990); 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas contratuais abusivas (JO L 95, de 21.04.93); 94/47/CE, de 26 de outubro de 1994, sobre a proteção dos consumidores relativamente a certos aspectos dos contratos relativos à compra de direitos sobre imóveis em regime de tempo partilhado (JO L 280, de 29.10.1994); 97/77/CE, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores a respeito de contratos à distância (JO L 144, de 04.06.1997); 98/6/CE de 16 de fevereiro de 1998, sobre a indicação de preços nos produtos oferecidos aos consumidores (JO L 80, de 18.03.1998); 98/27/CE, de 19 de maio de 1998, relativa às ações em cessação em matéria de proteção dos consumidores (JO L 166 de 11.06.1998); e 99/44/CE, de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspectos das vendas de produtos e garantias a eles associadas (JO L 171, de 07.07.1999).

²⁸ De fora das orientações do Livro Verde ficava a questão fundamental do campo de aplicação do instrumento horizontal, ou seja, se se aplicaria exclusivamente aos contratos transfronteiras ou também às transações domésticas.

²⁹ Comunicação da Comissão COM (2007) 99 final, de 13.03.2007 “Responsabilizar o consumidor, melhorar o seu bem-estar e protegê-lo de forma eficaz” (Empowering consumers, enhancing their welfare, effectively protecting them); ver Parecer Cese 259/2008, de 13 de fevereiro de 2008 (INT/357), relatora DARMANIN.

³⁰ JO L 304, de 22.11.2011.

³¹ Europa 2020 – Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo (COM(2010) 2020 final).

³² Como referido antes, o Quadro Comum de Referência (QCR) foi um projeto a longo prazo que se destina a dotar as instituições legislativas da UE (Comissão, Conselho e Parlamento Europeu) de um instrumento ou manual para redigirem propostas de novos atos legislativos ou para reverem legislação já em vigor em matéria de direito de contratos. Este instrumento poderia conter princípios fundamentais do direito dos contratos, definições de conceitos essenciais e disposições-tipo. No âmbito do Sexto Programa, a Direção-Geral “Investigação” criou, na área das ciências sociais e humanas, a rede de excelência sobre os princípios uniformes do direito europeu dos contratos (Common Principles of European Contract Law – CoPECL), composta por mais de 150 investigadores e de múltiplas instituições e organizações ativas em todos os Estados-membros da UE no âmbito do direito privado europeu. Os trabalhos da rede, decorridos entre 2005 e 2009, culminaram justamente no Projeto de Quadro Comum de Referência.

³³ Para além da iniciativa lançada pelo parecer do Cese sobre o Contrato de Seguro Europeu e prosseguida pelo Grupo de Projeto Restatement of European Insurance Contract Law [Revisão do direito europeu dos contratos de seguro] com a recente publicação dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro (Principles of European Insurance Contract Law) (PEICL) no âmbito do QCR (Quadro Comum de Referência), só raras vezes o legislador europeu seguiu uma abordagem semelhante no domínio do direito das sociedades, do direito da propriedade intelectual e do direito internacional.

³⁴ Pareceres Cese 1624/2004 (INT/202), de 15.12.2004 e 1869/2009 (INT/499), de 28.04.2010, *in* respectivamente, JO C 157, de 28.06.2005 e..., ambos do relator J. Pegado Liz. Cf. A propósito o artigo “O 28º Regime. Um passe de mágica ou uma abordagem proativa de harmonização legislativa na União Europeia” *Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo*, v. I, n. 1, de março de 2011.

³⁵ Parecer Cese 60/2011 (INT 524), de 19.01.2011, rel. A. Pezzini no qual, aliás se recordava que a criação de um instrumento opcional de direito dos contratos é, além do mais, uma das ações principais da Agenda Digital Europeia apresentada pela Comissão Europeia em 19 de Maio de 2010.

³⁶ Aí se comentava que embora o Projeto de Quadro Comum de Referência (PQCR), que abrange o direito dos contratos em geral, não tivesse sido, na verdade, concebido como um instrumento opcional, contudo, os seus autores salientam, na introdução, que ele pode servir de base para um ou mais instrumentos opcionais e exprimia assim a sua convicção que, “esta proposta também poderia ser posta em prática de forma restrita através da introdução das disposições gerais do PQCR num instrumento opcional aplicável somente a domínios específicos do direito dos contratos. Isso ajudaria a colmatar lacunas na regulamentação que surgiriam inevitavelmente se só fossem aplicadas disposições específicas a tipos especiais de contrato”.

³⁷ O Cese no seu parecer de 2002 já havia manifestado que “a elaboração de um direito europeu dos contratos uniforme e geral, por exemplo, sob a forma de um regulamento, solução que o Comité

prefere para evitar divergências, pode requerer tempo e estudos complementares, mas deveria apoiar-se nos trabalhos já efetuados pelas várias comissões e instituições já mencionadas e nas regras e práticas internacionais em vigor” (J O C 241, de 7.10.2002, p. 1).

³⁸ Nesse sentido o Cese já havia sublinhado noutro seu parecer de 2010, que “A rede ‘Princípios Comuns de Direito Europeu dos Contratos’ (rede CoPECL) deu por terminado há pouco o seu Projeto de Quadro Comum de Referência e apresentou-o à Comissão Europeia. Essas regras dão manifestamente ao legislador europeu um modelo que poderia ser utilizado para a adoção de um instrumento opcional, como advogado pela comissária Viviane Reding” (Parecer Cese 758/2010, de 27 de Maio de 2010, relator PEGADO LIZ.).

³⁹ Parecer Cese 800 (INT/600), de 29.03.2012, relatora: Ana Bontea.

⁴⁰ Diretiva 2011/83/UE, relativa aos direitos do consumidor.

⁴¹ Klaus-Heiner Lenhe e Luigi Berlinguer (relator sombra).

⁴² Evelynne Gebhardt e Hans-Peter Mayer.

⁴³ Doc 2011/0284 PE505.998v01-00, de 06.03.2013.

⁴⁴ Doc PE510.560v01-00, de 03.05.2013.

⁴⁵ De 6 de dezembro de 2011, Doc PE478.715v01-00, de 12.01.2012.

⁴⁶ De 1º de dezembro de 2012, Doc PE478.528v01-00, de 16.12.2011.

⁴⁷ Doc PE478.503v01-00, de 14.12.2011.

⁴⁸ De 1º de dezembro de 2011, Doc PE478.418v01-00.

⁴⁹ E demonstra-o em dois parágrafos lapidares que, por isso, se transcrevem:

“a) O direito europeu comum da compra e venda aplica-se numa base voluntária aos contratos transfronteiriços mediante um acordo explícito entre os parceiros contratuais. As disposições individuais, pelas quais se rege a eleição do direito europeu comum da compra e venda, resultam dos artigos 3º e seguintes do regulamento. Nos termos daqueles artigos, caso os parceiros não estipulem que se aplica o direito europeu comum da compra e venda, aplicam-se as disposições da respetiva legislação nacional nos termos do Regulamento (CE) nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, ou outras disposições relativas aos conflitos de leis.

Nos termos do regulamento, as disposições legais nacionais aplicáveis aos contratos de compra e venda, bem como a outros tipos de contratos abrangidos pelo direito europeu comum da compra e venda, deveriam permanecer inalteradas. No considerando 9, refere-se expressamente que não é operada uma harmonização do direito contratual através de uma modificação do direito contratual nacional, mas através da criação, em cada Estado-Membro, de um segundo regime de direito contratual facultativo para os contratos que se inscrevem no âmbito de aplicação daquele regulamento.

b) Na jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu, esclarece-se que, se não modificar os ordenamentos jurídicos nacionais, um ato legislativo não dá azo a qualquer harmonização das disposições jurídicas e administrativas dos Estados-Membros na aceção do artigo 114º, nº 1, do TFUE (cf. TJUE, acórdão de 2.5.2006, C-436/03, Parlamento ./l. Conselho, Col. 2006, I-3733). Por conseguinte, as medidas legislativas adotadas com disposições uniformes para toda a União e que coexistam com o direito nacional, apenas se sobrepondo a este, não podem ter por base jurídica o artigo 114º do TFUE.

Esta interpretação do artigo 114º do TFUE é confirmada por uma comparação sistemática com a base jurídica do artigo 118º do TFUE. Segundo este artigo introduzido com o Tratado de Lisboa, é possível criar, no âmbito do processo legislativo ordinário, entre outros, títulos jurídicos europeus destinados a assegurar uma proteção uniforme dos direitos de propriedade intelectual na União. Tais títulos europeus intervêm paralelamente aos títulos correspondentes dos Estados-Membros, sem os modificarem ou substituírem. Por conseguinte, o Tratado de Lisboa confere à União, para o setor exclusivo dos direitos da propriedade intelectual, poderes para adotar medidas legislativas aplicáveis paralelamente às disposições nacionais. Por raciocínio inverso, conclui-se que o artigo 114º do TFUE não pode ser invocado como base jurídica de disposições europeias aplicáveis aos demais setores, se essas disposições se aplicarem paralelamente às disposições nacionais, não alterando o seu conteúdo.

Tal corresponde à prática legislativa que vigorou até à data na União: os títulos e as formas jurídicas do direito da União, que coexistem com as correspondentes disposições legislativas nacionais sem as alterarem nem substituírem, nunca se basearam no artigo 114º do TFUE, mas sempre no artigo 352º do TFUE (ver, por exemplo, os regulamentos que instituem a associação económica europeia, a sociedade europeia e a cooperativa europeia). O mesmo princípio se aplica aos regulamentos europeus relativos à proteção das variedades vegetais, à marca comunitária e aos desenhos ou modelos comunitários, os quais, sem exceção, complementam os ordenamentos jurídicos nacionais, sem os substituírem ou harmonizarem.

Numa audição pública da comissão dos assuntos jurídicos do Bundestag realizada em 21 de novembro de 2011, os peritos Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit, Dr. Peter Huttenlocher, Prof. Dr. Karl Riesenhuber, Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, Prof.^a Dr.^a Marina Tamm e Prof. Dr. Gerhard Wagner, confirmaram as reservas face à escolha do artigo 114º do TFUE para base jurídica do regulamento.

No presente caso, pode sempre recorrer-se à competência “por aproximação” do artigo 352º do TFUE. No entanto, essa base jurídica prevê um processo distinto. Nos termos do artigo 352º, nº 1, do TFUE, o Conselho delibera por unanimidade após aprovação do Parlamento Europeu. Além disso, o representante da República Federal da Alemanha junto do Conselho da União Europeia só poderá votar a favor após o Bundestag, com o consentimento do Bundesrat, para tal o ter autorizado através de uma lei nos termos do artigo 23º, nº 1, da Constituição alemã (artigo 8º da Lei alemã sobre a responsabilidade pela integração).”

Referências

Organizações

1. Bar Council of England and Wales – Response to the EC Consultation on Contract Law (31.01.2011) Michael Patchett-Joyce
2. Union Luxembourgaise des Consommateurs – Boundaries of European Private Law (University of Luxembourg 28/29.10.2010) Bob Schmitz
3. Union Luxembourgaise des Consommateurs – Proposition de directive relative aux contrats des consommateurs – Avis portant sur les objectifs et les limites de l’harmonisation maximales (03.12.2008)

4. Union Luxembourgeoise des Consommateurs – Proposition de directive relative aux contrats des consommateurs – Avis préliminaire portant sur les règles proposées (Jan. 2009)

5. Conférence: Quel Droit Européen des contrats pour l’U. E.? Université de la Sorbonne, 23/24.10.2008

6. Parlamento Europeu – The Values underlying the draft Common Frame of Reference: What role for Fairness and “Social Justice”? (Legal Affairs – IMCO, PE 408 312 Set. 2008) Martijn W. Hesselink

7. Parlamento Europeu – Common European Sales Law: focus on the remedies provisions (PE 462 458, 2012) Mag. Alice Wagner

8. Parlamento Europeu – The proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: provisions on remedies (PE 462 462, 2012) Burghard Piltz

9. Parlamento Europeu – Restitution in the proposal for a Common European Sales Law (PE 462 465, 2012) Christian Wendehorst

10. Parlamento Europeu – Prescription in the Proposal for a Common European Sales Law (PE 462 466, 2012) Antoni Vaquer e Esther Arroyo

11. Parlamento Europeu – Proposal for a Common European Sales Law: an e-business perspective (PE 462 471, 2012) Hanne Melin

12. Parlamento Europeu – The proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Making the Proposal simpler and more certain (PE 462 473 2012) Sir John Thomas

13. Parlamento Europeu – Consumer Protection under the Proposal for a Common European Sale Law (PE 462 507, 2012) Hans Schulte-Nolke

14. Parlamento Europeu – Common European Sales Law – Detailed Appraisal by the EP Impact Assessment Unit of the European Commission’s Impact Assessment (PE 496 736, Jan. 2013) Alexia Maniaki-Griva e Elke Ballon

15. Parlamento Europeu – Common European Sales Law – Research paper on economic aspects of the European Commission’s Impact Assessment (PE 496 741, Feb. 2013) Mitja Kovac

Doutrina

1. Reiner Schulze – Consumer Law and European Contract Law (The Year Book of Consumer Law, pag. 153)

2. Reiner Schulze – Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law (Sellier European Law Publishers, 2009)

3. Reiner Schulze, Gerald Masch e Denis Mazeaud – Nouveaux défis du droit des contrats en France et Europe (Sellier European Law Publishers, 2009)

4. Henk Snijders e Stefan Vogenauer – Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational (Sellier European Law Publishers, 2009)

5. Hans Schulte-Nolke e Lubos Tichy – Perspective for European Consumer Law – Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond (Sellier European Law Publishers, 2010)

6. Hans Schulte-Nolke, Christian Twigg-Flesner e Martin Ebers – EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis (Service Contract n° 17.020100/04/389299, 12.12.2006)
7. Christian von Bar, Eric Clive e Hans Schulte-Nolke – Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) (Interim Outline Edition, www.sellier.de)
8. Chistian von Bar e Eric Clive – Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) (Full Edition Vol. 1, Vol. 2, Vol. 3, Vol. 4, Vol. 5 e Vol. VI, Sellier European Law Publishers, 2009)
9. Thomas Wilhelmsson – Varieties of Welfarism in European Contract Law (European Law Journal Vol 10, n° 6. Nov. 2004, pag. 712)
10. Norbert Reich – A Common Frame of Reference (CFR) – Ghost or host for integration (ZERP University of Bremen, Diskussionspapier 7/2006, set. 2006)
11. Norbert Reich – A European Contract Law or an EU Contract Law Regulation for Consumers? (European Consumer Law Journal 1/2006)
12. Norbert Reich – From “Hard” to “Optional” to “Soft Law” in B2C transactions in E-commerce in the Internal Market (BEUC)
13. Guido Alpa – European Private Law: statutory bases and action plans
14. Gert Bruggemeir e outros – Social Justice in European Contract Law: a Manifesto (Study Group on Social Justice in European Private Law) (European Law Journal Vol. 10, n° 6, Nov. 2004, pag. 653)
15. Stefan Vogenauer e Stephen Weatherill – The Harmonisation of European Contract Law – Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice (Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2006)
16. Helmut Heiss e Noemi Downes – Non-Optional Elements in an Optional European Contract Law. Reflexions from a Private International Law Perspective (European Review of Private Law 5-2005, pag. 693)
17. Luis Gonzalez Vaqué – El Derecho del Consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la *armonización mínima* en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores (Gaceta Juridica de la Union Europea y de la Competencia, n° 233 (2004) pag. 33)
18. Maria Font i Mas – Questions Terminologiques en la Transposició de Directives sobre Dret Contractual Europeu: La perspectiva de l'ordenament jurídic espanyol (Revista de Llengua i Pret, n° 46, 2006, pag. 103)
19. Jan Smits – The need for a European Contract Law – Empirical and Legal Perspectives (Europa Law Publishing Groningen 2005)
20. Denis Voinot e Juliette SÉNÉCHAL – Vers un Droit Européen des Contrats Spéciaux (Ed. Larcier, 2012)
21. Geraint Howells – A Model Contract for European Consumers (BEUC)
22. Geraint Howells, Hans Micklitz e Norbert Reich – Optional Soft Law Instrument on EU Contract Law for Businesses and Consumers (BEUC)

23. Olivier Deshayes – Le livre vert «relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit eurioéen des contrats pour les consommateurs et, les entreprises» Contribution du LEJEP (lextenso editions Juillet 2011)
24. Cristina Amato – Per un Diritto Europeo dei Contratti con i Consumatori (Giuffrè Editore Milano 2003)
25. Teresa Silva Pereira – Proposta de Reflexão sobre um Código Civil Europeu, (*Revista Ordem Advogados*, Ano 64, Vol. I/II, Nov. 2004)
26. Leonardo Gomes de Aquino – A uniformização do Direito Privado (*Revista Jus Navigandi*, 05/2004)